



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



Законы должны идти рука об руку  
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Рамси А. Вудкок

**Антимонопольное регулирование  
как симптом дисфункции американской  
политической системы**

И. И. Осветимская

**Тенденции развития права и государства:  
к прогрессу или регрессу?**

В. В. Денисенко

**Изменения в праве в условиях  
общественной модернизации:  
история и современность**

А. Н. Медушевский

**Российский правовой и политический строй:  
смысл текущих реформ и перспективы  
будущих конституционных трансформаций**

2022 №

1 (11)

ISSN 2686-7834

## ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

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

## РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Бьярн МЕЛКЕВИК**, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2022

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2022

© Все права защищены.

# Содержание

- 4 Вступительное слово главного редактора  
МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОСТЬ КАК ЭПИСТЕМОЛОГИЧЕСКИЙ ПРИНЦИП ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ НАУКИ  
О ПРАВЕ: ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

## СТАТЬИ

- 7 **РАМСИ ВУДКОК**  
АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КАК СИМПТОМ ДИСФУНКЦИИ АМЕРИКАНСКОЙ  
ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ  
(Перевод *И. К. Шмарко, Н. В. Разуваева*)
- 45 **ДЕНИСЕНКО В. В.**  
ИЗМЕНЕНИЯ В ПРАВЕ В УСЛОВИЯХ ОБЩЕСТВЕННОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ
- 54 **ОСВЕТИМСКАЯ И. И.**  
ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА: К ПРОГРЕССУ ИЛИ РЕГРЕССУ?
- 61 **ТРИНИТКА Д. Г.**  
МОДЕЛИРОВАНИЕ В ПРАВЕ КАК СПОСОБ ПОЗНАНИЯ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ
- 68 **МЕДУШЕВСКИЙ А. Н.**  
РОССИЙСКИЙ ПРАВОВОЙ И ПОЛИТИЧЕСКИЙ СТРОЙ: СМЫСЛ ТЕКУЩИХ РЕФОРМ И ПЕРСПЕКТИВЫ  
БУДУЩИХ КОНСТИТУЦИОННЫХ ТРАНСФОРМАЦИЙ
- 79 **СМИРНОВ Л. Б.**  
ПЕНИТЕНЦИАРНАЯ КОРРУПЦИЯ: КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ
- 83 **МОРДВИНОВ К. В., УДАВИХИНА У. А.**  
КИБЕРПРЕСТУПНОСТЬ В РОССИИ: АКТУАЛЬНЫЕ ВЫЗОВЫ И УСПЕШНЫЕ ПРАКТИКИ БОРЬБЫ  
С КИБЕРПРЕСТУПНОСТЬЮ

## ЭССЕ

- 89 **РАЗУВАЕВ Н. В.**  
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НАУКИ О ПРАВЕ: ВЗГЛЯД ЦИВИЛИСТА. РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ  
В. Ф. ПОПОНДОПУЛО «ЧЕЛОВЕЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ  
И ПУБЛИЧНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ» (М.: ПРОСПЕКТ, 2021. 736 С.)
- 105 **АБРАМОВ С. А.**  
ПРАВО ГЕОГРАФИЧЕСКИХ УКАЗАНИЙ КНР В ПЕРИОДЫ 13-й и 14-й ПЯТИЛЕТОК
- 113 **ХРЕБТОВА М. А., ТАРАСОВА Я. В.**  
АНАЛИЗ ПРАКТИКИ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ С НАЗНАЧЕНИЕМ  
СУДЕБНОГО ШТРАФА СУДАМИ ПРИМОРСКОГО КРАЯ

## ОБЗОРЫ

- 118 **РАЗУВАЕВ Н. В., ШМАРКО И. К.**  
ОБЗОР III МЕЖДУНАРОДНОЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ ПО ВОПРОСАМ  
ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ И ОБЩЕСТВЕННОГО РАЗВИТИЯ «ГОРЧАКОВСКИЕ ЧТЕНИЯ – 2021»

## Вступительное слово главного редактора

## МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОСТЬ КАК ЭПИСТЕМОЛОГИЧЕСКИЙ ПРИНЦИП ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ НАУКИ О ПРАВЕ: ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

Настоящий выпуск журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» охватывает широкий круг проблем, занимающих центральное место в научном юридическом дискурсе. Вместе с тем, при всем разнообразии конкретных подходов, большинство авторов стремятся расширить сложившиеся предметные рамки правовых исследований путем обращения к проблематике смежных научных дисциплин в поисках точек соприкосновения, позволяющих обнаружить новые перспективы познания. Речь, таким образом, идет о междисциплинарности, представляющей собой важную характеристику постклассической науки, особенно актуальную для юриспруденции, что объясняется особым статусом права среди всех прочих социальных явлений. Подобно языку, право представляет собой знаковую (семиотическую) систему, опосредствующую разнохарактерные коммуникативные процессы социального конструирования реальности.

Прежде всего, право в современном обществе выступает одним из основных концептуальных механизмов легитимации и поддержания непрерывности того символического универсума, в рамках которого осуществляются коммуникативные взаимодействия индивидов. Суть понятия символического универсума весьма удачно сформулировали Т. Лукман и П. Бергер, по словам которых: «Символический универсум понимается как матрица всех социально объективированных и субъективно реальных значений; целое историческое общество и целая индивидуальная биография рассматриваются как явления, происходящие внутри этого универсума»<sup>1</sup>. Иными словами, символический универсум представляет все множество релевантностей, определяющих социальную и индивидуальную реальность.

Учитывая всеобъемлющий характер данной категории, можно с достаточными основаниями утверждать, что легитимирующую функцию в отношении нее способны выполнять лишь такие механизмы, которые обладают столь же универсальным масштабом, позволяющим упорядочивать любые виды осмысленных действий, совершаемых в различных семиотических контекстах. Безусловно, подобный масштаб право приобрело далеко не сразу. Его ведущее положение среди концептуальных механизмов стало результатом своеобразной диссоциации знаковых форм, достигаемым лишь на относительно поздних этапах эволюции человеческого мышления, в результате формирования определенного типа рациональности. В самом деле допонятийное, ассоциативно-образное мышление первобытного человека использовало иные способы суггестивного воздействия на поведение индивидов, не менее эффективно обеспечивавшие непрерывность коммуникативного пространства<sup>2</sup>. Вот почему легитимирующую функцию в древних культурах, особенно на Востоке, брала на себя мифология, неотделимая от права до такой степени, что юридически значимые предписания, а также субъективные права и обязанности находили свое внешнее выражение и закрепление в ритуально-мифологических формах.

Исходя из сказанного мы можем утверждать, что переход от ассоциативно-образного к понятийному мышлению в исторической ретроспективе стал результатом культурного переворота, одним из важных последствий которого является отделение права от религии, мифологии, ритуала и иных регуляторов поведения<sup>3</sup>. При этом обращает на себя внимание значительная длительность рассматриваемых процессов. Так, если переход к понятийному мышлению и доклассическому типу рациональности имел место еще в Древней Греции, то формирование юридического мышления, оказавшего определяющее воздействие на последующую эволюцию права (и культуры в целом), связывается исследователями с деятельностью римских юристов, чьи труды в интерпретации и развитии средневековых схоластов послужили прообразом научного, в том числе естественнонаучного, знания в целом<sup>4</sup>.

Таким образом, не только самому праву как знаково-символической системе, но и теоретической рефлексии о праве, осуществлявшейся древнегреческими философами, римскими юристами, средневековыми схоластами, а также учеными Нового времени, были присущи универсализм и междисциплинарность. Среди прочего, последние проявлялись в тесной идейной взаимосвязи правовой науки с философией, а также точными (естественными) и социально-гуманитарными науками, результаты которой не только глубоко усваивались юридической наукой, но и оказывались мощными стимулами, способствовавшими появлению новых парадигм правопонимания и новых

<sup>1</sup> Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. М.: Academia-центр, МЕДИУМ, 1995. С. 158.

<sup>2</sup> О допонятийности первобытного мышления см.: Фрейденберг О. М. Образ и понятие. Фрейденберг О. М. Миф и литература древности. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: Издат. фирма «Восточная литература», 1998. С. 225.

<sup>3</sup> См. подробнее: Зайцев А. И. Культурный переворот в Древней Греции VIII–V вв. до н. э. Изд. 2-е, испр. и доп. СПб.: Изд. СПбГУ, 2000. С. 67 и след.

<sup>4</sup> См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. Изд. 2-е. М.: Изд. МГУ; Издат. группа ИНФРА-М — НОРМА, 1998. С. 138.

подходов к осмыслению феноменов правовой реальности, становящихся доктринальной основой их конструирования.

Высказанные соображения позволяют лучше понять причины, по которым междисциплинарность, являющаяся центральным эпистемологическим принципом постнеклассической науки в целом, оказалась особенно продуктивной установкой именно в юридических науках, глубоко воспринявших характерные черты постнеклассической картины мира. Речь идет, прежде всего, о восприятии права во всех его измерениях как сложной саморазвивающейся системы, обладающей признаками релевантности, самопорождаемости, рекурсивности, нелинейной динамики и т. п.

Принципиальной основой подобной установки служит признание правовой реальности человекообразной, а человеческой личности — онтологическим фундаментом правопорядка<sup>5</sup>. Человек в своей познавательной и практической деятельности конструирует реальность, артикулируя ее феномены в многообразных знаково-символических формах, позволяющих оперировать объектами в процессе коммуникативных взаимодействий индивидов. Результатом такой артикуляции становятся тексты, опосредствующие любые виды реальности, в том числе реальность правовую, которая, таким образом, предстает в качестве интертекстуального пространства, организованной совокупности множества текстов, порождающих взаимодействие смыслов, вкладываемых в эти тексты, в рамках единого гипертекста<sup>6</sup>.

Средством текстопорождения служит язык, представляющий собой знаково-нормативную систему, упорядочивающую коммуникативные взаимодействия индивидов и объективирующую результаты коммуникации<sup>7</sup>. Дуалистическая (знаково-нормативная) природа языка, выступающего важнейшей онтологической характеристикой человека и средоточием человеческого начала в реальности, позволяет рассматривать по образу и подобию естественного языка любые социальные феномены, включая право, которое, во-первых, организует процесс коммуникации и, во-вторых, облекает в текстуальные формы ее результаты.

Соответственно юридически релевантное поведение индивидов сторонниками постклассического правопонимания рассматривается с позиций универсальной модели «язык → знак → текст», в которой право выступает в роли языка, субъективные права и юридические нормы являются знаками этого языка, а сама поведенческая модель представляет собой текст, строящийся по языковым правилам<sup>8</sup>. Следуя идеям А. А. Потемби и его последователей, мы можем понимать текст как организованное семиотическое единство в качестве формы образующих его знаков<sup>9</sup>. Причем если поведение (коммуникативные взаимодействия) участников правовой коммуникации представляет собой внутреннюю форму права, то его внешней формой выступают нормативно-правовые акты и иные источники, также являющиеся текстами, но текстами, воплощенными в знаках естественного языка.

Для адекватного понимания сказанного важно подчеркнуть, что речь идет не о более или менее удачной метафоре, но о существенных характеристиках рассматриваемых феноменов, обладающих всеми необходимыми семиотическими признаками. Данное обстоятельство отмечал В. Кравитц, по словам которого: «Директивы — это язык. Нормы — поведение. Директива есть лингвистическое выражение, при помощи которого кто-то приказывает сделать нечто, и директива остается директивой независимо от того, эффективна она или нет. Норма есть образец поведения, который исполняется потому, что он воспринимается (прочувствуется, приживается) как обязательный, и это исполнение не зависит ни от каких директив»<sup>10</sup>. Таким образом, мир правовых феноменов, будучи совокупностью текстов (знаково-символических форм), опосредствуется языком права и правом как языком, воспринимаемая сквозь лингвосомиотическую призму<sup>11</sup>.

Данный постулат, ярко характеризующий постклассическое правопонимание, таит в себе известную опасность, поскольку в случае абсолютизации чреват тотальным релятивизмом и отрицанием объективности правовой реальности (равно как и объективной истинности познания права). Разнообразные синтаксические структур человеческих языков, множественность способов концептуализации феноменов реальности, при условии неразличения лингвистических и ментальных структур, приводят к утверждению относительности «языковых картин мира» различных народов, несовпадения этих картин во всех существенных аспектах. Отсюда, в свою очередь, делаются выводы об этнонациональной специфичности любых видов поведения, включая поведение правовое, о тотальной детерминированности последнего поверхностными структурами языка, пресловутыми «культурными кодами» и т. п.

<sup>5</sup> См.: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2012. С. 105.

<sup>6</sup> *Поляков А. В.* Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права. Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание: избранные труды. СПб.: ИД «Алеф-пресс», 2014. С. 98.

<sup>7</sup> См. подробнее: *Мельчук И. А.* Курс общей морфологии. Т. 1. М.: Языки русской культуры, 1997. С. 44.

<sup>8</sup> *Кравитц В.* Право и теория систем. Право XX века: идеи и ценности. Сб. обзоров и рефератов. Отв. ред. Ю. С. Пивоваров. М.: ИНИОН РАН, 2001. С. 116–117.

<sup>9</sup> См.: *Потемба А. А.* Мысль и язык. Психология поэтического и прозаического творчества. Изд. 2-е. М.: Лабиринт, 2010.

<sup>10</sup> *Kravietz W.* The Concepts of Law Revised — Directives and Norms in Perspectives of a New Legal Realism. Ratio Juris, 2001. Vol. 14. № 1. P. 38.

<sup>11</sup> См.: *Wright C.* Norm and Action. London: Routledge and Kegan Paul, 1963. P. 93, 105; *Bulygin E.* True or False Statements in Normative Discourse. In Search of a New Humanism. Ed. by R. Edigi. Dordrecht: Kluwer Academic, 1999. P. 184.

Нет особой необходимости подробно доказывать научную несостоятельность такого рода суждений, ранее уже продемонстрированную в специальной литературе<sup>12</sup>. Язык (причем как естественные языки, так и все иные семиотические системы, включая право) является не столько «домом бытия», как полагал М. Хайдеггер<sup>13</sup>, сколько картой, более или менее адекватно отображающей территорию человеческого мышления, в частности мышления правового. Но карта, согласно известному утверждению А. Кожибски, еще не есть сама территория<sup>14</sup>, в связи с чем для юриста возникает необходимость раскрытия сложных взаимодействий, корреляций и взаимозависимостей правовых знаков и юридического мышления, отражающихся в правовом поведении индивидов. Иными словами, речь идет об одной из важнейших проблем постклассической философии права, проблеме соотношения всеобщего и особенно в конструировании правовой реальности.

Хотелось бы особо отметить, что в статьях, опубликованных в настоящем выпуске журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», установка на междисциплинарность юридического познания получает свою развернутую и всестороннюю реализацию. В этом плане значительный интерес представляет статья американского исследователя Р. А. Вудкока, посвященная проблемам антимонопольного регулирования в США. Реализуя методологические установки основоположников так называемого экономического анализа права, автор в своей работе дает глубоко плодотворный междисциплинарный синтез юридической и экономической теорий, позволяющий исследователю прийти к весьма обоснованным выводам, имеющим как научное, так и практическое значение.

Закономерности, а также механизмы эволюции права в синхронном и диахронном аспектах рассматривают В. В. Денисенко и И. И. Осветимская. Трудно не согласиться с содержащимся в их работах выводом, согласно которому изменения в праве чаще всего обусловлены не собственно юридическими, но и общими социокультурными факторами, а потому анализ этих изменений требует глубокого комплексного анализа с привлечением методологии различных научных дисциплин. Моделирование правовых явлений как один из способов их познания рассмотрен в статье молодого ученого Д. Г. Тринитки, причем особый интерес вызывают семиотические аспекты научных моделей, находящиеся в центре внимания автора.

Впрочем, более детальное рассмотрение онтологического и эпистемологического смыслов моделирующей функции правового познания в свете выводов постклассической теории права позволило бы автору прийти к выводу о том, что познание не просто моделирует феномены правовой реальности, но и конституирует, создает последнюю. Полагаем, что данная функция юридической науки получит свое углубленное раскрытие в новых статьях Д. Г. Тринитки. На стыке юридической и политологической наук выполнена работа А. Н. Медушевского, посвященная исследованию российского правового и политического строя, а также перспектив его трансформации в будущем. Можно без преувеличения утверждать, что выводы автора, сформулированные в данной статье, способны стимулировать как юридическое, так и политологическое знание.

Естественно, что ряд публикаций развивают и традиционную проблематику отраслевых юридических наук. Так, профессор Л. Б. Смирнов исследует проблемы пенитенциарной коррупции в Российской Федерации, в поле зрения К. В. Мордвинова и У. А. Удавихиной находятся практики противодействия киберпреступности, а в статье М. А. Хребтовой и Я. В. Тарасовой на примере Приморского края рассмотрена практика освобождения от уголовного наказания с назначением судебного штрафа. Есть, однако, основания предполагать, что в процессе развития постклассической юриспруденции принцип междисциплинарности будет приобретать все большее значение не только для общетеоретических, но и для чисто прикладных исследований, что, без сомнения, качественно преобразует все уровни правового познания.

Главный редактор  
Николай Викторович Разуваев

<sup>12</sup> См., в частности: От лингвистики к мифу: лингвистическая культурология в поисках «этнической ментальности»: сб. статей. Сост. А. В. Павлова. СПб.: Антология, 2013.

<sup>13</sup> См.: Хайдеггер М. Письмо о гуманизме. Время и бытие: статьи и выступления. М.: Республика, 1993. С. 192.

<sup>14</sup> См.: Korzubski A. Non-Aristotelian System and its Necessity for Rigour in Mathematics and Physics. Science and Sanity: An Introduction to Non-Aristotelian Systems and General Semantics. 5th ed. New York: Institute of General Semantics, 1994. P. 750.

# АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КАК СИМПТОМ ДИСФУНКЦИИ АМЕРИКАНСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ<sup>1</sup>

**Рамси А. Вудкок<sup>2</sup>**

доцент, Юридический колледж Розенберга Университета Кентукки, факультет менеджмента, Гаттонский колледж бизнеса и экономики Университета Кентукки.

## АННОТАЦИЯ

Современный интерес американцев к использованию антимонопольного регулирования для решения проблемы имущественного неравенства является симптомом дисфункции американской политической системы, а не проявлением стремления к решению проблемы неравенства. При этом как первые представители американского прогрессивизма сто лет назад, так и современный экономист Тома Пикетти, чья работа привлекла повышенное внимание к проблеме неравенства доходов, солидарны в том, что источником неравенства является дефицит, а не монополия, и поэтому оно будет сохраняться даже на совершенно конкурентных рынках. Единственное эффективное решение для борьбы с неравенством — это использование налоговых инструментов, а не потенциально разрушительная борьба с монополистами путем их разделения.

Есть две причины, по которым в настоящее время в Соединенных Штатах меры антимонопольного регулирования получают широкую популярность. Во-первых, это расцвет антиэтатизма в США, который привел к отказу от использования налоговых инструментов для решения проблемы неравенства, вынуждая ученых и активистов искать иные обходные пути в рамках антимонопольной политики. Во-вторых, американская пресса, которая активно пропагандирует необходимость применения антимонопольных мер в целях выиграть борьбу с корпорациями Google и Facebook за рекламные доходы. Учитывая истоки происхождения современного американского антимонопольного регулирования, можно сделать вывод о том, что правительствам других стран, стремящимся решить проблему неравенства, не следует руководствоваться американским опытом, особенно если у них есть возможность использовать инструменты налоговой политики.

**Ключевые слова:** антимонопольные меры, прогрессивизм, антиэтатизм, налоговые меры, неравенство.

## ANTIMONOPOLISM AS A SYMPTOM OF AMERICAN POLITICAL DYSFUNCTION

**Ramsi A. Woodcock**

Assistant Professor, University of Kentucky Rosenberg College of Law, Secondary Appointment, Department of Management, University of Kentucky Gatton College of Business & Economics.

## ABSTRACT

Contemporary American interest in using antitrust law to address wealth inequality is a symptom of American political dysfunction rather than a reflection of any intellectual advance regarding the sources of inequality. Indeed, both the original American progressives of a century ago, as well as Thomas Piketty, whose work sparked contemporary intellectual interest in inequality, agree that inequality's source is scarcity, rather than monopoly, and so will persist even in perfectly competitive markets. The only real solution is taxation, not a potentially destructive campaign of breakup. There are two causes of contemporary American antimonopolism. The first is American anti-statism, which has closed off tax policy as a viable political solution to inequality, forcing scholars and activists to seek a second- or third-best workaround in antitrust policy. The second is the American press, which is actively promoting antimonopolism

<sup>1</sup> Редакция выражает признательность автору за предоставленную возможность опубликовать перевод статьи на русский язык. Настоящая работа написана при поддержке фонда John S. and James L. Knight Foundation. Статью на английском языке, включая изменения, внесенные после публикации настоящего перевода, вы можете найти на сайте <https://osf.io/preprints/socarxiv/jgucv/> (The editors express their gratitude to the author for the opportunity to publish the translation of the article into Russian. This research was supported by a grant from the John S. and James L. Knight Foundation. The original English version of this article, as well as updates made after the creation of this translation, can be found at <https://osf.io/preprints/socarxiv/jgucv/>).

<sup>2</sup> Участники симпозиума Бостонского университета права «Право, рынки и дистрибуция» 2021 г., Йельского проектного семинара Турмана Арнольда, а также конференции «Могут ли благосостояние и доходы быть предметом законодательства о конкуренции?», организованной в онлайн-формате Центром права и экономики Университета Амстердама в 2021 г., предоставили важные комментарии к настоящей работе. (Participants at a 2021 Boston University Law Review Symposium on Law, Markets, and Distribution, a Yale Thurman Arnold Project workshop, and the conference titled "Should Wealth and Income Inequality Be a Competition Law Concern?", which was hosted online in 2021 by the Amsterdam Center for Law and Economics of the University of Amsterdam, provided helpful comments.)

as a way of fighting back against Google and Facebook, two companies that have badly outcompeted the press for advertising dollars in recent years. Given these idiosyncratic roots of contemporary American antimonopolism, other jurisdictions seeking to address inequality may have little to gain from following the American example, particularly if taxation remains a viable policy option for them.

**Keywords:** antimonopolism, progressivism, Anti-Etatism, tax, inequality.

## I. ВВЕДЕНИЕ

Интерес некоторых американских политических кругов к использованию антимонопольного законодательства для решения проблемы имущественного неравенства в значительной степени является результатом дисфункции политической системы, присущей только Соединенным Штатам, которая выражается в непризнании во вред интересам государства необходимости проведения реформы налоговой системы, несмотря на широко распространенное недовольство населения имущественным неравенством. Такой повышенный интерес к антимонопольному регулированию вызван именно этими причинами, а не каким-либо новым пониманием источников неравенства, и поэтому к данному инструменту борьбы с неравенством следует относиться с осторожностью как политикам в Соединенных Штатах, так и в других странах, не страдающих от подобной политической дисфункции. Парадоксальный характер интереса современных американских прогрессистов к антимонопольному законодательству в борьбе с неравенством состоит в том, что (1) первоначально прогрессисты столетие назад не признавали антимонопольное законодательство как жизнеспособное средство решения проблемы имущественного неравенства и (2) основная теоретическая работа, которая вернула проблему неравенства в общую глобальную политическую повестку, «Капитал в двадцать первом веке» Тома Пикетти, также отвергает такую возможность<sup>3</sup>.

И основоположники прогрессизма, и Пикетти признавали, что основным источником имущественного неравенства является не монополия рента — прибыль, полученная в результате создания искусственного дефицита, — а скорее естественный дефицит, связанный с нехваткой ресурсов (то есть рикардианским дефицитом) или технологическими ограничениями (то есть дефицитом по Шумпетеру)<sup>4</sup>. Это означает, что неравенство не является в первую очередь результатом сверхконкурентного ценообразования: продажи товаров и услуг по ценам выше тех, которые были бы получены на конкурентном рынке. В самом деле, даже если бы совершенный режим антимонопольного регулирования создал условия полностью конкурентного ценообразования, неравенство оставалось бы серьезной и растущей проблемой, потому что прибыли, которые фирмы могли бы получать на конкурентном рынке, по-прежнему оставались бы очень высокими из-за дефицита<sup>5</sup>.

Единственный способ получить в ситуации дефицита доход, иной, нежели доход монополий, состоит в том, чтобы перераспределить богатство через налоговую систему, которая эффективно может регулировать владение ограниченными ресурсами, гарантируя, что каждый получит свою долю дохода<sup>6</sup>. Американские прогрессисты поняли это столетие назад, поэтому трудно найти подробное обсуждение проблем антимонопольного регулирования в работах крупных теоретиков прогрессивизма того времени, таких как, например, Роберт Л. Хейл<sup>7</sup>. Вместо этого первые американские прогрессисты вели ожесточенные споры по вопросу установления подоходного налога, корпоративного налога и регулирования ставок, которые напрямую нацелены на распределение дефицитной ренты<sup>8</sup>.

Начиная с 1980-х гг. возрождающийся и исключительно американский антиэтатизм сделал политически невозможным для американских прогрессистов добиться перераспределения богатства через налоговую систему, что в результате привело к значительному снижению налоговых ставок в Соединенных Штатах<sup>9</sup>. Враждебное отношение к использованию налоговых инструментов остается чрезвычайно распространенным даже в последние годы, несмотря на широкую общественную обеспокоенность по поводу проблем неравенства. В результате американские прогрессисты в целях реализации идей борьбы с неравенством и справедливого перераспределения сконцентрировали усилия на инструментах антимонопольного регулирования в качестве возможной, но не самой лучшей альтернативы налоговым методам. В этом направлении они были поддержаны средствами массовой информации, ко-

<sup>3</sup> См. *Thomas Piketty*, *Capital in the Twenty-first Century* 537 (Arthur Goldhammer trans., 2017) («Чистая и совершенная конкуренция не может изменить неравенство  $r > g$ , которое не является следствием какого-либо „несовершенства“ рынка»). Подробнее о первоначальных идеях прогрессистов и Тома Пикетти см. ниже в разделе II. В. 1.

<sup>4</sup> См. *David J. Teece & Mary Coleman*, *The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries*, 43 *Antitrust Bull.* 801, 819–823 (1998); *Piketty*, supra note 3, at 269–272.

<sup>5</sup> *Thomas Piketty*, *Capital in the Twenty-First Century*. 441 (2014).

<sup>6</sup> См. ниже в разделах II. В. 1.е, II. В. 2.

<sup>7</sup> Одно из немногих упоминаний антимонопольного законодательства в работе Хейла (Hale) см. *Robert Lee Hale*, *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power* 401 (1952).

<sup>8</sup> См. *Barbara Fried*, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* 40, 68, 160–205 (1998); *Reuven S. Avi-Yonah*, *Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax*, 90 *VA. L. REV.* 1193, 1212–1231 (2004).

<sup>9</sup> См. *Isaac William Martin*, *The Permanent Tax Revolt: How the Property Tax Transformed American Politics* 2–15 (2008); *W. Elliot Brownlee*, *Federal Taxation in America: A History* 182–183 (3d ed. 2016).

торые пропагандировали среди американской общественности, традиционно испытывающей недоверие к крупным публичным и частным институтам, необходимость борьбы с монополиями, поскольку сами проигрывали цифровым техническим гигантам в конкуренции за рекламные доходы и рассматривали возможности антимонопольного регулирования как средство защиты собственных интересов<sup>10</sup>.

Однако мнение, выражаемое прогрессивистами и средствами массовой информации об антимонопольной политике как способе решения проблемы неравенства, и взгляд на нее как на основной путь, ведущий к достижению этой цели, не были подтверждены научными исследованиями и не отвечают реальным общественным интересам и заводят правительство в тупик, а также могут стать весьма разрушительными для экономики в случае, если большое количество крупных, высокопроизводительных и высокодоходных компаний подвергнутся разделению<sup>11</sup>.

## II. ДЕФИЦИТ КАК ОСНОВНАЯ ПРИЧИНА НЕРАВЕНСТВА

### А. Антимонопольное регулирование как борьба с концентрацией экономической власти

Антимонополисты выступают против такого явления, как «концентрация экономической власти», которую, с одной стороны, они рассматривают как само по себе негативное явление — в рамках взгляда, что «чем меньше, тем лучше», и с другой — они считают, что такая концентрация создает условия для возникновения имущественного неравенства или сосредоточения политической власти<sup>12</sup>. Поскольку антимонополисты считают, что концентрация экономической власти способствует достижению политической власти посредством использования капитала, и, по их мнению, те, кто обладает экономической властью, могут диктовать политические решения, главным образом, покупая поддержку, а не, скажем, используя для этого харизматичность обладателя богатства в глазах других людей в совокупности с экономической властью, то жалобы антимонополистов на неравенство и получаемую политическую власть представляется разумным рассматривать как единую общую претензию к обладанию богатством<sup>13</sup>. Именно это направление антимонополизма, ориентированное на богатство, и будет рассматриваться в настоящей статье.

Если под концентрацией экономической власти антимонополисты понимают обладание переговорной властью на рынках, то есть способностью одной стороны настаивать на более выгодной цене, потому что другая сторона нуждается в сделке больше, чем первая, то антимонополисты, безусловно, правы, рассматривая концентрацию экономической власти как корень имущественного неравенства<sup>14</sup>. Практически богатство представляет собой ценность только в той мере, в какой оно может быть обменено на другую ценность. Родители раньше могут оставить ему дом и немного денег, но деньги бесполезны, если он не может обменять их либо на предметы потребления, либо на права на доходы от проектов, в которые он хочет их вложить. И ценность дома для владельца — при условии, что он сможет в нем жить — станет нулевой, если начнет протекать крыша, а термиты подточат фундамент, а он не сможет при этом вложить часть денег в проведение ремонта. При этом рыночная власть определяет ценность, на которую можно обменять богатство<sup>15</sup>. Вы можете быть самым богатым человеком в мире, но если вы отчаянно нуждаетесь в глотке воды, а есть только один человек, который может вам его дать, вы, по сути, бедны, потому что всё ваше богатство стоит не больше, чем этот глоток<sup>16</sup>, если монополичный продавец воды будет настаивать на такой цене<sup>17</sup>.

Но антимонополисты не акцентируют внимание на всех аспектах диспропорции в переговорной силе, когда они порицают концентрацию экономической власти<sup>18</sup>. Вместо этого они связывают неравномерное распределение богатства с неравенством в переговорной силе, особенно вызванным нарушениями в конкурентном процессе<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> См. *Ramsi A. Woodcock*, Big Ink vs. Bigger Tech, Truth on the Market, <https://truthonthemarket.com/2019/12/30/big-ink-vs-bigger-tech/> (last visited Apr. 7, 2020).

<sup>11</sup> См. *Robert D. Atkinson & Michael Lind*, Big is Beautiful: Debunking the Myth of Small Business 64–67 (2019); *Gerald F. Davis*, Managed by the Markets: How Finance Reshaped America 67–72 (2011).

<sup>12</sup> См. *Phillip Longman*, The Case for Small-Business Cooperation, November. December 2018 Wash. Monthly (Oct. 28, 2018), <https://washingtonmonthly.com/2018/10/28/the-case-for-small-business-collusion/>

<sup>13</sup> См. *Lina Khan & Zephyr Teachout*, Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power, 9 Duke J. Const. L. Pub. Pol'y 57 (2014) («Передача богатства на концентрированных рынках носит политический характер, потому что она делает крупные компании больше и обогащает их руководителей и акционеров, предоставляя как фирме, так и высшим должностным лицам больше политической власти»).

<sup>14</sup> Признание основы распределения в переговорной силе восходит, по крайней мере, к первоначальным сторонникам прогрессивизма. См. *Warren J. Samuels*, The Economy as a System of Power and Its Legal Bases: The Legal Economics of Robert Lee Hale, 27 U. Miami L. REV. 261, 309–323 (1973); *Herbert Hovenkamp*, The First Great Law & Economics Movement, 42 Stan. L. Rev. 993, 1022 (1990) (отмечает, что Ричард Т. Эли (Richard T. Ely) утверждал, что «[не]регулируемые переговоры усиливают власть, которая уже существует, и создают все большее экономическое неравенство»); *Duncan Kennedy*, The Stakes of Law, or Hale and Foucault Transformative Discourses in Postmodern Social Cultural and Legal Theory, 15 Legal Stud. Forum 327, 328–330 (1991).

<sup>15</sup> См. *Duncan Kennedy*, Law Distributes I: Ricardo Marx Cls, SSRN Scholarly Paper 29 (2021).

<sup>16</sup> См. указ. соч.

<sup>17</sup> См. указ. соч.

<sup>18</sup> См. Longman, supra note 12.

<sup>19</sup> См. указ. соч.

Они отсылают к золотому веку антимонопольного законодательства в Америке периода середины XX в., когда органы власти добивались разделения крупных компаний, когда процветала конкуренция и богатство распределялось более равномерно, чем сегодня<sup>20</sup>. Хотя, как правило, сторонники антимонополизма явно не связывают конкуренцию и равенство, вывод ясен: они считают, что рост неравенства за последние полвека в Соединенных Штатах в значительной степени обусловлен снижением конкуренции<sup>21</sup>. Или, напротив, они считают, что восстановление конкуренции на американских рынках поможет решить проблему неравенства.

Критики правого толка уже давно выступают против связи между монополией и неравенством на том основании, что относительное богатство покупателей и продавцов неопределенно<sup>22</sup>. На некоторых рынках покупатели богаты, а продавцы бедны, поэтому монополия постепенно ведет к перераспределению богатства<sup>23</sup>. На других рынках все наоборот<sup>24</sup>. Таким образом, общий эффект нивелируется: в среднем влияние монополии на неравенство, вероятно, незначительно<sup>25</sup>. Антимонополисты, которые в большинстве своем являются активистами, а не учеными, до сих пор игнорировали и отрицали данный аргумент, как и критику своей позиции в целом<sup>26</sup>. Но ученые-правоведы, принадлежащие к более широкому прогрессивному сообществу антимонополистов, со своей стороны отмечают, что акционеры, как правило, обычно представляют обеспеченный класс, и они претендуют на получение большей части дохода, создаваемого экономикой, за исключением трудовых услуг, продаваемых рабочими<sup>27</sup>. Конечно, рабочие беднее, чем владельцы компаний — акционеры, и разрушение любых монополий, например профсоюзов, благами от которых пользуются, в частности, рабочие, приведет к увеличению, а не уменьшению неравенства<sup>28</sup>. Но никто не думает о том, что рабочие используют профсоюзы главным образом для монополизации рынков труда, а не для противодействия попыткам работодателей монополизировать эти рынки со своей стороны, и даже если бы рабочие монополизировали рынок труда и профсоюзы были освобождены от регулирования антимонопольным законодательством, это не позволило бы антимонопольным органам при применении антимонопольного регулирования достигнуть тех же успехов в перераспределении богатства в пользу работников, которые рабочие получают из своей монопольной власти посредством объединения в профсоюзы<sup>29</sup>. Из этого следует, что уничтожение монополии и поощрение конкуренции посредством антимонопольного законодательства должны в общем приводить к изъятию денег у класса богатых акционеров и распределять их между всеми остальными, поскольку конкуренция снижает цены и, следовательно, уменьшает прибыль для богатых акционеров, а снижение цены влечет перераспределение богатства в пользу населения, так как каждый является потребителем<sup>30</sup>. Все это в результате приведет к уменьшению неравенства<sup>31</sup>. Такое объяснение могло бы быть хорошим ответом на критику правых, поскольку оно приводит к выводу, что возврат к конкуренции из исходной монополии, вероятно, будет прогрессивным инструментом в своем влиянии на распределение богатства<sup>32</sup>. Однако более глубокий вопрос заключается в следующем: насколько это будет прогрессивно?

Именно с этого вопроса и начинается критика антимонополизма левыми, а не правыми политическими силами.

## В. Критика антимонополизма левыми на основе теории дефицита

Проблема применения антимонопольного регулирования заключается в том, что его конечная цель — создание конкуренции — вряд ли значительно сократит неравенство или остановит нынешнее движение Запада к еще большему неравенству<sup>33</sup>. Этому есть простое объяснение, которое было предложено юристами и экономистами в начале

<sup>20</sup> См. *Sandeep Vaheesan*, *The Evolving Populisms of Antitrust*, 93 *Neb. L. Rev.* 370, 383–395 (2014); *Sandeep Vaheesan*, *Resurrecting a “Comprehensive Charter of Economic Liberty”*: The Latent Power of the Federal Trade Commission, 19 *U. Pa. J. Bus. L.* 645, 657–663 (2017); *Longman*, *supra* note 12.

<sup>21</sup> См. *Longman*, *supra* note 10. Любопытно, что наиболее четкое изложение этой позиции (хотя и с определенной спецификой) исходит не от сторонника антитрестовского центристского прогрессивизма, а от антимонополиста. См. *Einer Elhauge*, *Horizontal Shareholding*, 129 *Harv. L. Rev.* 1267, 1272 (2016) (обосновывается, что горизонтальное владение акциями, в частности, «помогает объяснить, почему, как заметил профессор Тома Пикетти, неравенство доходов выросло в последнее десятилетие»).

<sup>22</sup> См. *Daniel A. Crane*, *Antitrust and Wealth Inequality*, 101 *Cornell L. Rev.* 1171, 1184–1209 (2016).

<sup>23</sup> См. указ. соч.

<sup>24</sup> См. указ. соч.

<sup>25</sup> См. указ. соч.

<sup>26</sup> См. *Woodcock*, *Big Ink vs. Bigger Tech*, *supra* note 10.

<sup>27</sup> См. *Jonathan B. Baker & Steven C. Salop*, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, 104 *GEO. L. J. ONLINE* 1, 11–12 (2015) («Доходы от рыночной власти непропорционально распределяются в пользу богатых — увеличение избытка производителя в результате использования рыночной власти достается в первую очередь акционерам и высшим руководителям, которые в среднем богаче, чем обычный потребитель»); см. *Crane*, *supra* note 22, at 1207–1209.

<sup>28</sup> Ср. *Fried*, *supra* note 8, at 203–204; *Crane*, *supra* note 22, at 1208.

<sup>29</sup> См. *Herbert Hovenkamp*, *Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?* 45 *J. Corp. L.* 101, 13 (2019); *Suresh Naidu et al.*, *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, 132 *Harv. L. Rev.* 536, 570 (2018).

<sup>30</sup> См. *Rory Van Loo*, *Broadening Consumer Law: Competition, Protection, and Distribution*, 95 *Notre Dame L. Rev.* 211, 231–242 (2020).

<sup>31</sup> Указ. соч.

<sup>32</sup> Указ. соч.

<sup>33</sup> См. *Piketty*, *supra* note 3, at 441.

становления течения прогрессивизма сто лет назад<sup>34</sup>. Существует также современное объяснение, принадлежащее Тома Пикетти, выдающемуся исследователю растущего разрыва в уровне благосостояния на Западе, которое основано на первоначальном подходе, использованном прогрессистами.

## 1. Первоначальная критика антимонополизма в рамках прогрессивизма

### а. Прогрессивизм против аргументов консерваторов в поддержку антимонопольной политики

Как ни странно, но в начале движения прогрессистов, сто лет назад, представителями которого были Джон Р. Коммонс, Ричард Т. Эли, Роберт Л. Хейл и многие другие, были разработаны аргументы против антимонопольной политики отчасти в ответ на попытку консервативного экономиста Дж. Б. Кларка отстаивать именно те взгляды, которые сегодня разделяют современные прогрессисты — представители антимонопольного движения: создание мира совершенной конкуренции, оправданной по моральным соображениям<sup>35</sup>. Но в отличие от сегодняшних антимонополистов, склонных безоговорочно считать, что конкурентная цена является справедливой ценой или, по крайней мере, самой низкой возможной ценой, которую могут взимать монополисты, Кларк пытался построить подробную теорию, объясняющую, почему он считал конкурентное ценообразование правильным с этической точки зрения<sup>36</sup>. Он утверждал, что конкурентная цена справедлива, потому что конкурентная цена обеспечивает получение продавцами суммы, равной их предельному вкладу в ценность товара, которую они создают для покупателей<sup>37</sup>.

Безусловно, верно, что конкурентная цена обеспечивает выплату продавцам суммы, равной их предельному вкладу в ценность товара, которую они создают для покупателей. Когда рынки являются совершенно конкурентными, покупатели выходят на рынок до тех пор, пока не останется покупателей, готовых платить рыночную цену, но не имеющих возможности купить товар. Из предположения, что рынок обладает достаточной глубиной и есть покупатели, готовые приобрести товар по любой возможной цене, следует, что некоторые покупатели, которые оценивают этот товар по рыночной цене, его купят. Такие покупатели считаются предельными покупателями на рынке, а товары, которые они покупают, являются предельными товарами, проданными продавцами<sup>38</sup>. Предполагая, что все продавцы устанавливают одинаковую, единую цену, цена, уплачиваемая продавцам за каждую проданную ими единицу товара, включая как единицы, проданные предельным покупателям, так и единицы, проданные всем другим покупателям, составляет предельную выгоду, приносимую продавцами рынку (рис. 1)<sup>39</sup>.

Сегодня столь же трудно понять, почему Кларк придавал моральное значение тому факту, что продавцам выплачивается их предельный вклад в покупательную стоимость, как это было трудно понять прогрессистам столетие назад<sup>40</sup>. Объяснения Кларка настолько напоминают переформулированные положения маргиналистской экономической теории, а не морально-этические доводы, что возникает искушение считать его первой из жертв тенденции

<sup>34</sup> Обзор первоначальных движений, объединявших юристов и экономистов, см. *Fried*, supra note 6, at 1–29; *Hovenkamp*, supra note 14, at 993–995.

<sup>35</sup> См. *John Bates Clark*, *The Distribution of Wealth: A Theory of Wages, Interest and Profits* 345 (1899) (Предприниматель, арендующий землю, не передает арендной платы землевладельцу, потому что после уплаты других требований у него сохраняется известный остаток. И он не будет отдавать этот остаток. Он платит сверх этого остатка и делает это потому, что каждый клочок земли обладает положительной способностью производить доход, и землевладелец может заставить арендатора уплатить стоимость специфического продукта с него. Если этот конкретный предприниматель не будет платить за участок земли теми продуктами, что он производит, это сделает другой. Конкуренция вынуждает пользователя любого ресурса производства отдавать его владельцу ту сумму, которую пользователь создает посредством использования ресурса); *Fried*, supra note 8, at 131–134; *Hovenkamp*, supra note 14, at 1022 & n. 159.

<sup>36</sup> См. *Longman*, supra note 12; *Clark*, supra note 35, at 345.

<sup>37</sup> См. *Clark*, supra note 35, at 345.

<sup>38</sup> См. *Hal R. Varian*, *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach* (7th ed. 2006).

<sup>39</sup> На рисунке 1 не отражена кривая затрат, потому что довод Кларка сосредоточен на выгодах, обеспечиваемых производством — предельном продукте, а не на издержках производства. См. *Fried*, supra note 6, at 133 («Предельный продукт», утверждал Хейл, формально измеряет ценность данного ресурса для покупателя, а не затраты поставщика на его предоставление. На самом деле теория предельной производительности Кларка вообще не содержала никакой теории издержек).

<sup>40</sup> См. *Hovenkamp*, supra note 14, at 1022 & n. 159; *Fried*, supra note 8, at 132 (отмечается, что «использование особой наивной апологетики Кларком приводило в замешательство большинство экономистов»). Возможно, позицию Кларка можно сформулировать следующим образом: его аргумент состоит в том, что предельная полезность товара, гарантируемая продавцом, которая на конкурентном рынке равна собственным предельным издержкам производства предельных единиц товара, обеспечивает разумную основу относительно того, что рынок ожидает от издержек производства всех единиц товара на рынке. Ср. *Clark*, supra note 35, at 345. Конечно, она представляет собой максимальную цену, которую покупатели на рынке (включая предельных покупателей) готовы платить за продукцию: при более высокой цене рынок купил бы по крайней мере на одну единицу меньше, поскольку цена для предельного покупателя была бы неприемлемой. Из этого следует, что любой производитель, способный производить с себестоимостью ниже себестоимости производства предельных единиц, в некотором смысле преуспевает по сравнению с базовым уровнем затрат на производство и, таким образом, имеет право оставить за собой возникающую разницу. Данный критерий применяется в качестве этически обоснованного ограничения цен в рамках регулирования оказания коммунальных услуг. См. *W. Kip Viscusi et Al.*, *Economics of Regulation and Antitrust* (5th ed. 2018). Ценообразование по предельным издержкам — это предел, понимаемый как ожидаемая стоимость продавца. Любая прибыль, которую продавец получает за счет повышения эффективности производства, позволяющая ему продавать по цене ниже предельной цены, принадлежит продавцу, поскольку считается, что продавец заработал ее, превзойдя рыночные ожидания.

экономистов фетишизировать математические модели<sup>41</sup>. Прогрессисты в любом случае указывали, что предельный продукт совершенно не связан с распределением богатства между покупателями и продавцами в результате конкурентного ценообразования<sup>42</sup>. Богатство, созданное на любом рынке, представляет собой превышение максимальной суммы, которую покупатели готовы заплатить за продукт (мера выгод, которые продукт им дает), и затрат продавцов на производство продукта (затраты, являющиеся мерой ценности, которую они получают)<sup>43</sup>. Выгоды, предлагаемые покупателям, представлены кривой потребительского спроса, а затраты продавцов представлены кривой предложения производителей<sup>44</sup>. Таким образом, превышение выгод над затратами эквивалентно превышению спроса над предложением и называется избытком (рис. 2)<sup>45</sup>.

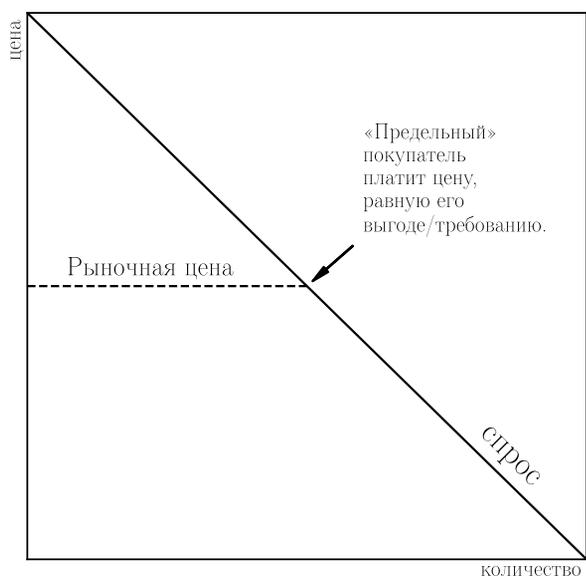


Рисунок 1

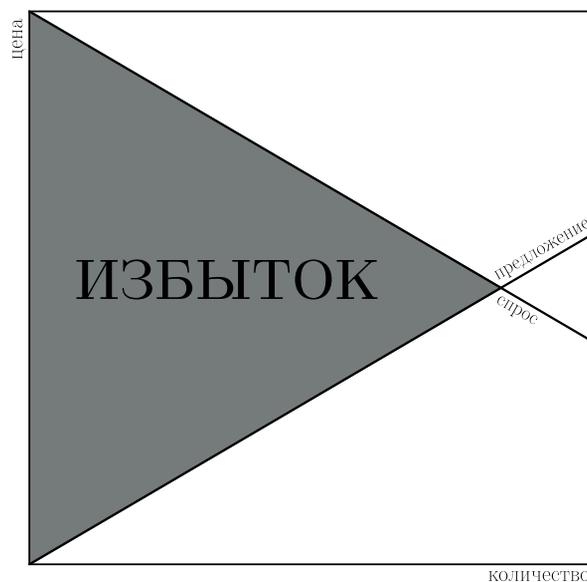


Рисунок 2

Цена способствует распределению избытков между покупателями и продавцами, потому что цена — это то, что покупатели предлагают продавцам, чтобы воспользоваться выгодами, представленными кривой спроса, и, следовательно, уменьшает сумму избытка, которым пользуются покупатели<sup>46</sup>. И цена — это также то, что продавцы получают, чтобы компенсировать потерю стоимости для продавцов, представленную кривой предложения, и превышение цены над этой стоимостью, которая таким образом является долей продавцов в создаваемом ими избытке<sup>47</sup>. На рынке совершенной конкуренции цена движется к точке, в которой все желающие покупатели находят продавцов, и наоборот, то есть к точке, в которой достигается рыночное равновесие<sup>48</sup>. Эта рыночная цена полностью определяется максимальной готовностью предельного покупателя заплатить (покупателя с наименьшей готовностью платить из всех тех, кто действительно покупает) и издержками предельного продавца (продавца с наибольшей стоимостью товара из всех продавцов, которые его продают) (рис. 3)<sup>49</sup>.

Но распределение избытка, создаваемого конкурентной ценой, определяется не только предельными покупателем и продавцом, но и соотношением между максимальной готовностью предельного покупателя платить и максимальной готовностью платить всех других покупателей, а также отношением между предельными издержками

<sup>41</sup> См. *Clark*, supra note 35, at 193; Deirdre McCloskey, *The Trouble with Mathematics and Statistics in Economics*, 13 *History of Economic Ideas* 85, 90 (2005); *Paul M. Romer*, *Mathiness in The Theory of Economic Growth*, 105 *am. Econ. Rev.* 89, 93 (2015).

<sup>42</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 133–134.

<sup>43</sup> См. *Varian*, supra note 38.

<sup>44</sup> Указ. соч.

<sup>45</sup> См. *Michael D. Guttentag*, *Law and Surplus: Opportunities Missed*, 2019 *UTAH L. REV.* 607, 609 (2019); *Ramsi A. Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, 10 *UC IRVINE L. REV.* 1395, 1403 (2020); *Ramsi A. Woodcock*, *Big Data, Price Discrimination, and Antitrust*, 68 *HASTINGS L. J.* 1371, 1380–1381 (2017).

<sup>46</sup> См. *Varian*, supra note 38; *Woodcock*, *Big Data, Price Discrimination, and Antitrust*, supra note 45, at 1380–1381.

<sup>47</sup> См. *Varian*, supra note 38.

<sup>48</sup> Указ. соч.

<sup>49</sup> Указ. соч.

продавца и издержками всех остальных продавцов<sup>50</sup>. То есть распределение богатства на конкурентном рынке определяется как инфрамаржинальными покупателями и продавцами, так и предельными покупателями и продавцами<sup>51</sup>. Рассмотрим этот вопрос немного под другим углом. На рынке, где есть покупатели, готовые купить по любой цене, и есть продавцы, готовые продать по любой цене (хотя и не всегда в одних и тех же количествах). Цена, которую предельный покупатель платит за товар, равна стоимости производства этого товара, поскольку в противном случае на рынок можно было бы вывести более дорогостоящие товары и найти покупателей, желающих их купить.

Но если цена, которую предельный покупатель платит за товар, равна издержкам производства этого товара, то избыток, возникающий в результате сделки между предельным покупателем и продавцом, равен нулю. Так где же тогда избыток, создаваемый рынками? (Рынки должны создавать избытки, чтобы экономическая деятельность улучшила благосостояние общества, и в целом мы действительно думаем, что экономическая деятельность улучшила благосостояние общества<sup>52</sup>.) Ответ заключается в том, что избыток создается за счет всех операций на рынке между инфрамаржинальными покупателями (покупателями, которые в любом случае готовы платить больше, чем конкурентная цена, поскольку предельный покупатель по определению готов платить меньше всех) и продавцами инфрамаржинальных товаров (продавцами, которые несут затраты меньше, чем конкурентная цена, потому что на производство предельных единиц продуктов приходится самые высокие затраты)<sup>53</sup>. Поскольку ценность, которую имеют такие товары для инфрамаржинальных покупателей, превышает рыночную цену, а затраты, которые несут продавцы на производство инфрамаржинальных единиц, ниже рыночной цены, существует превышение выгоды над издержками по каждой сделке, в которой участвуют эти покупатели и продавцы, а это означает, что возникает избыток товара<sup>54</sup>.

Цена этого избытка определяется тем, насколько большую ценность придают товару инфрамаржинальные покупатели по сравнению с предельным покупателем и насколько меньше издержки продавцов на инфрамаржинальные единицы по сравнению с издержками продавцов на предельные единицы товаров<sup>55</sup>. Если инфрамаржинальные покупатели оценивают товар очень высоко по сравнению с ценой, придаваемой ему предельным покупателем, но издержки продавцов на инфрамаржинальные единицы ненамного ниже их издержек на предельную единицу, тогда конкурентная цена будет близка к затратам продавцов на все единицы (что приведет к возникновению у продавцов небольшого избытка), но намного ниже цены, по которой покупатели готовы платить за все единицы, кроме предельной единицы, что приведет к образованию у покупателей львиной доли избытка (рис. 4)<sup>56</sup>.

Наоборот, если инфрамаржинальные покупатели оценивают товар по более низкой цене по сравнению с ценой, придаваемой ему предельным покупателем, но издержки продавцов на инфрамаржинальные единицы намного ниже их издержек на предельную единицу, тогда конкурентная цена будет намного выше издержек продавцов на все единицы продукции, что приведет к возникновению у продавцов львиной доли избытка, но ненамного ниже цены, по которой покупатели готовы платить за все, кроме предельной единицы, что приведет к образованию на стороне покупателей крайне незначительного избытка (рис. 5)<sup>57</sup>.

Является ли конкурентная цена справедливой в том смысле, что она распределяет избыток поровну между покупателями и продавцами, или справедливой в том смысле, что она сводит к минимуму избытки, которыми пользуются продавцы, или справедливой в любом другом распределительном смысле, зависит от стоимости, по которой оценивают товар инфрамаржинальные покупатели и продавцы в соотношении со стоимостью товара предельных покупателя и продавца; тот факт, что при конкурентной цене продавцы получают предельную выгоду, которую они

<sup>50</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 134 («Хотя анализ предельных показателей дал аналитическую основу для обобщения рикардианской теории ренты по всем факторам производства, он не учитывает данные о фактическом распространении отношений ренты, то есть о размере избытка производителя, приходящегося на данный фактор. Для этого нужны были две вещи: нормативная теория в отношении содержания понятия издержек, и эмпирическое предположение о форме кривой издержек»).

<sup>51</sup> Указ. соч.

<sup>52</sup> См. *Brad DeLong*, Estimates of World GDP, One Million B.C.-Present, [https://delong.typepad.com/print/20061012\\_LRWGDP.pdf](https://delong.typepad.com/print/20061012_LRWGDP.pdf).

<sup>53</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 26.

<sup>54</sup> См. *Woodcock*, Big Data, Price Discrimination, and Antitrust, supra note 45, at 1380–1381.

<sup>55</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 134.

<sup>56</sup> См. указ. соч. at 126–127 (Как считали Викстид (Wicksteed), Викселл (Wicksell) и Дж. Б. Кларк (J. B. Clark), рикардианская земельная рента была всего лишь частным случаем общего принципа, согласно которому рента достается более производительным [то есть инфрамаржинальным] единицам любого фактора, который не воспроизводим при постоянных затратах. Таким образом, предположение Рикардо об абсолютно фиксированном предложении земли было всего лишь «предельным случаем бесконечного множества возмозных эластичных предложений». Как утверждал Хейл, всякий раз, когда предложение не может быть легко изменено при затратах, которые не увеличиваются с увеличением количества, «владельцы превосходящих ресурсов» в виде дефицитной земли или капитального оборудования, приобретаемого по цене ниже, чем издержки производства, будут получать избыточную прибыль сверх понесенных расходов. Поскольку ранний маржиналистский анализ концентрировался на ренте, начисляемой в отношении земли и других форм определенного капитала, та же логика предполагала, что рента должна начисляться также на труд и чистый капитал. С точки зрения Маршалла (Marshall), будет возникать «избыток труда» или «избыток вкладов» всякий раз, когда кто-то получает вознаграждение за работу или ожидание, соответственно, по цене [определяемой предельной производительностью труда или капитала], которая превышает минимальную сумму, которую можно было бы потребовать предоставить, то есть всякий раз, когда кто-то является инфрамаржинальным поставщиком.

<sup>57</sup> См. указ. соч.

перекладывают на потребителя, является лишь отправной точкой анализа и не имеет никакого морального значения, по крайней мере, в том, что касается справедливости распределения<sup>58</sup>. Все, что гарантирует конкурентное ценообразование, — это эффективность в том смысле, что она очищает рынки<sup>59</sup>. При конкурентной цене все заинтересованные покупатели найдут заинтересованных продавцов, и наоборот, поэтому избыток будет максимальным<sup>60</sup>. Но то, как этот избыток будет разделен между покупателями и продавцами, будет зависеть от относительных величин стоимости, по которой оценивают товар предельные покупатели и продавцы, и стоимости, по которой его оценивают инфрамаржинальные покупатели и продавцы<sup>61</sup>.

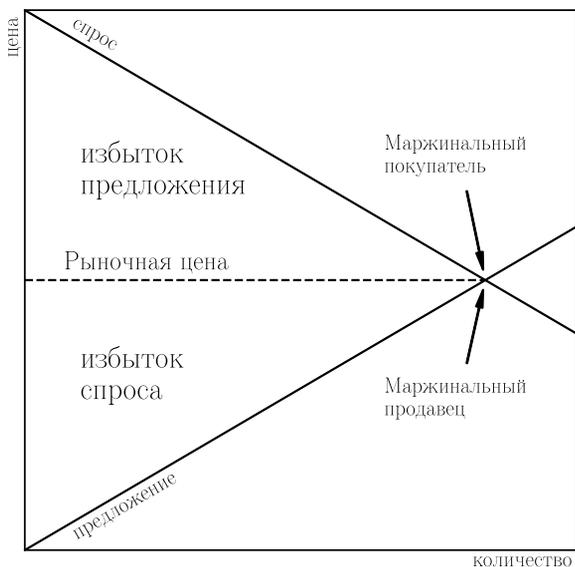


Рисунок 3

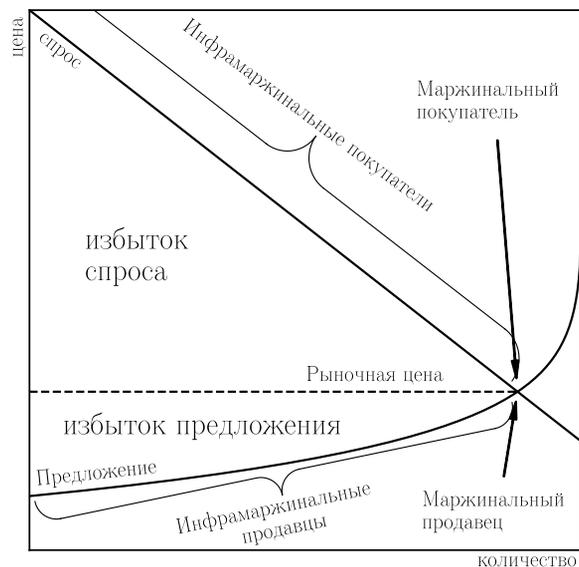


Рисунок 4



Рисунок 5

Приведенные выше аргументы определенно нивелировали довод Кларка о том, что конкурентное ценообразование несет в себе абстрактные морально-этические принципы<sup>62</sup>. Казалось, что после этого станет очевидно, что

<sup>58</sup> Указ. соч. at 134.

<sup>59</sup> См. *Varian*, supra note 38.

<sup>60</sup> См. указ. соч.; *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1409.

<sup>61</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 134.

<sup>62</sup> Указ. соч. at 132–134.

использование антимонопольного регулирования, которое было основным инструментом перераспределения богатства в Соединенных Штатах, не служит достижению поставленных целей: поощрение конкуренции не обязательно приведет к желаемому распределению богатства<sup>63</sup>. Но этого не случилось, и антимонополизм не утратил своей привлекательности. Поскольку тот факт, что конкурентное ценообразование может привести к нежелательному распределению богатства, не означает, что оно должно привести к такому нежелательному распределению. Если затраты имеют тенденцию быть одинаковыми для всех продавцов или почти одинаковыми (рис. 4), тогда конкурентное ценообразование будет иметь тенденцию распределять весь избыток на стороне покупателей<sup>64</sup>. И если продавцы по общему правилу богаче покупателей и не смогут извлечь большую прибыль из своих сделок, это приведет к прогрессивному перераспределению, потенциально радикальному по своим масштабам<sup>65</sup>. Однако несколько удивительно, как мало прогрессивных интеллектуалов той эпохи приняли эту точку зрения<sup>66</sup>.

Наоборот, прогрессисты, похоже, сочли само собой разумеющимся, что этот аргумент не учитывает проблему дефицита.

## **b. Исходное понимание дефицита прогрессистами**

В некоторых случаях для начала производственного процесса может быть недостаточно определенных ресурсов<sup>67</sup>. Дефицитными могут быть сырье, управленческий талант, информация, опыт или что-то еще<sup>68</sup>. Какими бы ни были ресурсы, составляющие дефицит, результат один и тот же: продавцы, имеющие доступ к таким ресурсам, сталкиваются с более низкими издержками производства, чем продавцы, не имеющие к ним доступа<sup>69</sup>. Те неудачливые продавцы, которые не имеют такого доступа, должны либо заплатить дополнительную плату за приобретение ресурса, либо использовать менее качественную замену отсутствующего ресурса. Такая замена либо стоит дороже, либо приводит к созданию продукта более низкого качества, который должен быть продан с более низкой прибылью, чтобы оставаться конкурентоспособным и, следовательно, эквивалентным, с точки зрения продавца, продукту, который является менее прибыльным из-за более высоких затрат.

Из этого следует, что производственные издержки вряд ли будут одинаковыми или почти одинаковыми для всех производителей на данном рынке, как это должно быть в случае преобразования конкурентного ценообразования в ценообразование с прогрессивным перераспределением (то есть рынки в этом случае вряд ли будут очень похожи на ситуацию, отраженную на рис. 4)<sup>70</sup>. Одни продавцы — предельные продавцы — будут иметь высокие издержки, а другие — инфрамаргинальные продавцы — будут иметь низкие издержки, поэтому конкурентная цена, определяемая издержками предельных продавцов, будет выше издержек инфрамаргинальных продавцов, что приведет к тому, что эти продавцы получат потенциально большую долю избытков (рис. 5)<sup>71</sup>.

Антимонопольная политика может снизить цены с монопольного уровня до уровня конкуренции, что может привести к перераспределению значительной части избытков от продавцов к покупателям, но даже если бы антимонопольная политика в полной мере достигла цели создания совершенно конкурентных рынков — что само по себе крайне маловероятно, — продавцы продолжали бы распоряжаться частью избытка, которая потенциально может быть весьма существенна по размеру<sup>72</sup>. Сумма избытков, поступающих к продавцам, будет еще больше, поскольку конкурентное ценообразование максимизирует общий избыток, создаваемый рынками, оставляя больше избытков, доступных для присвоения продавцами. Если продавцы в среднем богаче покупателей, то каждая часть избытка, который они присваивают, делает их еще богаче и потенциально намного богаче, если издержки варьируются

<sup>63</sup> См. *Richard Hofstadter*, *The Age of Reform 227–256* (1960).

<sup>64</sup> См. *Fried*, *supra* note 8, at 134 («Маржинализм опроверг классическое предположение о том, что на конкурентных рынках цены будут совпадать с издержками. Точнее, он показал, что предположение верно только в том случае, если ресурсы воспроизводятся при постоянных затратах — другими словами, когда предложение абсолютно эластично. Во всех других случаях владельцы ограниченных ресурсов получали бы „экономическую ренту“ сверх затрат»).

<sup>65</sup> См. *Baker & Salop*, *supra* note 27, at 11–12.

<sup>66</sup> Ср. *Fried*, *supra* note 8, at 26 («Хейл и другие теоретики прогрессивной ренты симпатизировали антимонопольному направлению в прогрессивизме. Но, начиная с фабианских социалистов в 1870-х гг., они предприняли третью, отчетливую волну критики в отношении распределительной справедливости рынка. Как и антимонополисты, они в основном принимали как данность маршалловскую биполярную модель экономики; однако они сосредоточились на полюсе так называемой совершенной конкуренции»); *William E. Kovacic*, *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, 74 *Iowa L. Rev.* 1105, 1128–1129 (1989) («Большинство профессиональных экономистов и ученых, специализирующихся в области корпоративного права, первоначально отнеслись к принятию Закона Шермана и его скорейшему введению в действие с безразличием или откровенным неодобрением»).

<sup>67</sup> См. *Harold Demsetz*, *Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy*, 16 *J. L. & Econ.* 1, 2–3 (1973).

<sup>68</sup> Указ. соч.

<sup>69</sup> См. *Sam Peltzman*, *The Gains and Losses from Industrial Concentration*, 20 *J. L. & Econ.* 229, 231–233 (1977).

<sup>70</sup> Указ. соч.

<sup>71</sup> Указ. соч.

<sup>72</sup> См. *Hale*, *supra* note 7, at 25–26, 401; *Fried*, *supra* note 8, at 114 («Даже в условиях конкуренции всякий раз, когда предложение не может быть увеличено при постоянных затратах, „владельцы превосходящих ресурсов“ в виде земли или капитального оборудования, приобретаемого по цене ниже себестоимости, — так называемые „инфрамаргинальные производители“ — будут получать добавочный доход [экономическую ренту], превышающий издержки»).

намного больше, чем спрос. Роберт Хейл, вероятно, величайший из первых прогрессивных юристов и экономистов, сформулировал это так:

*«С ростом трестов некоторые жаловались на непомерные сборы, но первым напрашивающимся для внедрения средством было не прямое регулирование цен, а введение антимонопольных законов, призванных восстановить условия свободной конкуренции. <...> Даже экономисты-классики поняли <...> конкуренция не удержит цену на уровне затрат на весь выпуск, а приведет к цене, равной затратам на предельную часть выпуска. Те, кто производит с более низкими издержками, потому что они владеют превосходящим [капиталом], получают дифференциальную выгоду, которую Рикардо в своем известном анализе назвал экономической рентой»<sup>73</sup>.*

Проблема дефицита по отношению к монополии, как ее понимали прогрессисты столетие назад, отражена на рис. 6.

### с. Отличительные черты монополистической власти и власти дефицита

#### і. Власть, основанная на дефиците

Власть, основанная на дефиците, по сути неотличима от власти, связанной с монополией. Обе они основаны на превышении спроса над предложением. В условиях дефицита причина, по которой инфрамаргинальные продавцы, несущие низкие затраты на производство, могут устанавливать ту же цену, что и маргинальные продавцы, несущие высокие затраты, (и следовательно, извлекать избытки в свою пользу) заключается в том, что существует больше покупателей, готовых заплатить необходимую цену, чтобы покрыть расходы продавцов с высокими издержками, по сравнению с доступными на рынке товарами, производящимися с меньшими издержками. Таким образом, продавец с низкими издержками может отказать в продаже любому покупателю, который настаивает на более низкой цене, будучи уверенным в том, что существует другой покупатель, желающий покупать у продавца с высокими издержками, и следовательно, такой покупатель будет готов покупать у продавца с низкими издержками по более высокой цене (рис. 7, на котором для простоты восприятия представлено два варианта возможных издержек продавцов).

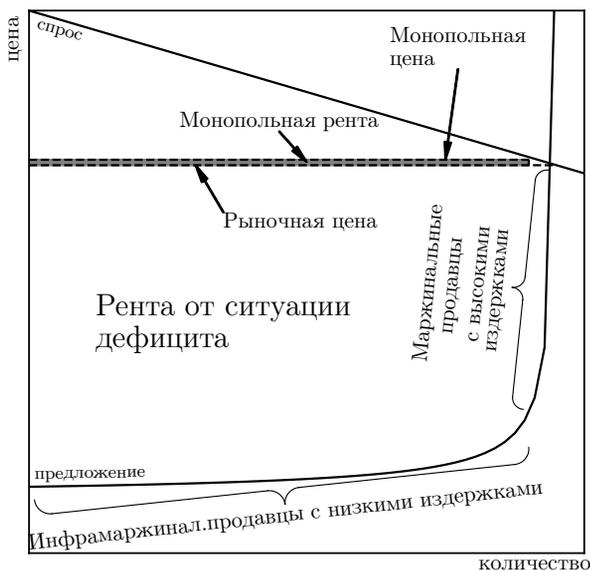


Рисунок 6

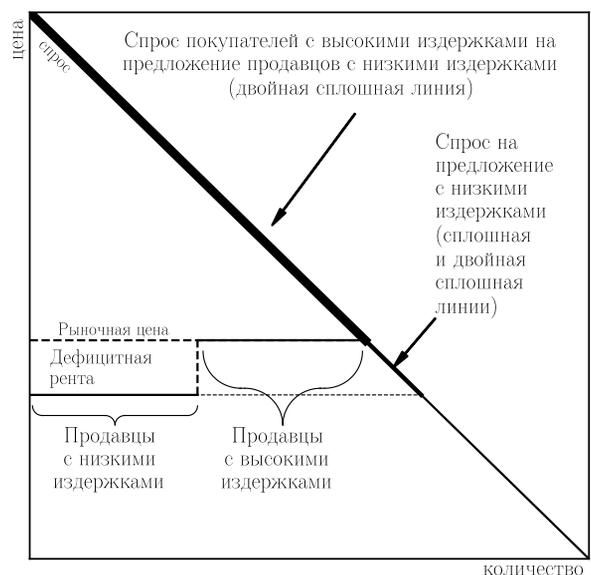


Рисунок 7

Без этого дисбаланса спроса и предложения, который заложен в концепции дефицита, не было бы причин, по которым инфрамаргинальные продавцы могли бы устанавливать ту же цену, что и предельные продавцы. Линия цены на рис. 6 (или линия на рис. 7) может прогибаться до уровня кривой предложения в любой точке, кроме точки, в которой совершают сделки предельные покупатель и продавец, поскольку только в этой последней точке цена равна высоким издержкам предельного продавца, которые он должен понести для того, чтобы быть готовым продать продукт.

<sup>73</sup> Hale, supra note 7, at 25–26, 401.

Линия цен остается неизменной на конкурентных рынках только потому, что дефицит на конкурентном рынке подразумевает, что должно быть больше желающих купить, чем желающих продать в отношении продукции с низкими издержками производства. Например, если рынок неконкурентный и на нем присутствует единственный покупатель-монополист, то ценовая линия будет прогибаться: этот покупатель будет настаивать на цене ниже той, по которой торгует предельный продавец, а инфрамаргинальные продавцы должны будут согласиться с такой ценой, потому что существует вероятность, что они не найдут другого покупателя, готового заплатить цену, равную цене, по которой готов совершить сделку предельный продавец. Власть дефицита возникает из-за превышения спроса над предложением, которое существует только тогда, когда рынки полностью конкурентны.

Именно по этой причине персонализированное ценообразование — ценовая дискриминация — невозможно на конкурентных рынках. Провисающая линия цен представляет собой ряд цен, привязанных к затратам на производство каждой единицы продукции: более высокие цены на единицы продукции, производство которых сопряжено с большими затратами, и более низкие цены на единицы продукции, производство которых обходится дешевле. Но на конкурентном рынке ценовая линия не может прогибаться вниз из-за того, что те, кто контролирует дефицитные ресурсы, несут меньшие издержки на производство, и конкуренция между покупателями, которые хотели бы, чтобы кривая прогибалась, позволяет всем продавцам, даже тем, которые имеют преимущество в издержках благодаря возможности контролировать дефицитные ресурсы, настаивать на одинаковой цене. Таким образом, персонализированное ценообразование не является решением проблемы силы дефицита на конкурентных рынках. Персонализированное ценообразование, напротив, полностью порождено монополизированными рынками, на которых агенты могут диктовать цены<sup>74</sup>.

Природа власти дефицита наиболее очевидна в экстремальном случае, когда ресурс настолько дефицитен, что на рынке вообще нет продавцов с высокими издержками, а предложения дешевого продукта просто недостаточно для удовлетворения спроса, который бы существовал в отношении товаров, оцененных по себестоимости<sup>75</sup>. В этом случае спрос явно превышает предложение, и любой продавец может настоять на цене, обеспечивающей доступ к товару покупателям с готовностью платить наибольшую цену<sup>76</sup>. В частности, любой продавец может настоять на цене, равной стоимости товара, которую готов заплатить предельный покупатель — в данном случае покупатель, который оценивает товар по наименьшей стоимости среди всех покупателей из группы покупателей с высокой готовностью платить. Продавец может отклонить любое предложение ниже стоимости, предлагаемой таким покупателем, будучи уверенным в том, что существуют другие покупатели, которые оценивают товар по меньшей мере по этой цене и поэтому готовы заплатить эту цену (рис. 8).

Другими словами, в таких случаях отсутствие продавцов с высокими издержками и недостаточное предложение от продавцов с низкими издержками означают, что альтернативой заключению сделки с продавцом с низкими издержками является полный отказ покупателя от покупки в связи с тем, что для покупателя такой продукт утрачивает ценность. Предельный покупатель, не сумевший приобрести товар, готов заплатить за товар цену, равную потере ценности товара, в случае если сделка вообще не состоится, и поэтому любой продавец может настаивать на цене для любого покупателя, равной той стоимости, которую бы потерял предельный покупатель, поскольку в противном случае продавец может просто продать предельному покупателю по этой цене.

## ii. Власть монополистов

Власть монополиста идентична основанной на дефиците власти продавца в части возможности настаивать на ценах выше издержек (таким образом, присваивая себе возникающий избыток), но с одним важным отличием: монополист создает дефицит — он искусственный, — тогда как продавец, обладающий властью, основанной на дефиците, стремится устранить дефицит<sup>77</sup>.

Рассмотрим продавца, который изначально обладает властью благодаря присутствию на рынке производителей с более высокими издержками, как описано в предыдущем разделе. На этом этапе у продавца есть все стимулы для расширения своего производства (с низкими издержками), потому что конкуренция со стороны продавцов с высокими издержками не позволяет нашему продавцу с низкими издержками поднять цену выше цены, по которой продавцы с высокими издержками продают свою продукцию<sup>78</sup>. При исключении повышения цен единственным средством увеличения прибыли нашего продавца является увеличение доли рынка, поскольку каждая дополнительная единица товара, которую продает продавец, приносит ему разницу между ценой товара (конкурентноспособной до уровня затрат продавца с высокими издержками) и собственной ценой нашего продавца с низкими издержками

<sup>74</sup> См. *Woodcock*, Big Data, Price Discrimination, and Antitrust, *supra* note 45, at 1386.

<sup>75</sup> См. *Ramsi A. Woodcock*, Toward a Per Se Rule against Price Gouging, *CPI Antitrust Chron.* (Sep. 2020), at 51–52 (обсуждение дефицита, когда он возникает из-за неожиданного всплеска спроса).

<sup>76</sup> См. указ. соч. (обсуждение дефицита, когда он возникает из-за неожиданного всплеска спроса).

<sup>77</sup> См. *Teece & Coleman*, *supra* note 4, at 819–822; *Ср. Fried*, *supra* note 8, at 25 («монопольная рента» рассматривается как такая рента, «в которой стоимость дефицита [приписывается] естественным или искусственным образом ограниченному количеству производителей»).

<sup>78</sup> *Ср. Peltzman*, *supra* note 69, at 231–233.

(рис. 7)<sup>79</sup>. Способность продавца получать ренту здесь обусловлена естественным, а не искусственным дефицитом, и мы бы сказали, что продавец обладает (естественной) властью, основанной на дефиците, но не монопольной властью; продавец получает прибыль не за счет ограничения выпуска, а за счет его расширения<sup>80</sup>.

Поскольку продавец с низкими издержками забирает долю рынка у продавцов с высокими издержками, возможно, продавая по цене несколько ниже той, по которой продавцы с высокими издержками могут продавать свои товары, продавцы с высокими издержками уходят с рынка до тех пор, пока продавец не останется на рынке один<sup>81</sup>. Только в этот момент возникает монопольная власть. Ибо только теперь перед продавцом встает выбор, увеличивать ли объем выпуска сверх того уровня выпуска, который был, когда на рынке оставались продавцы с высокими издержками, и увеличивать ли его до уровня, необходимого для удовлетворения избыточного спроса, существующего на продукт с низкими издержками по цене, равной этой более низкой стоимости. Этот избыточный спрос не мог быть удовлетворен, когда недорогие товары были в дефиците, а цена в любом случае устанавливалась на уровне цены товаров с более высокими издержками предельных продавцов даже в условиях совершенной конкуренции. Но, увеличив объем производства, продавец с низкими издержками устранил дефицит дешевого производства. Продавец может еще больше увеличить объем производства товаров с низкими издержками, увеличив размер рынка и снизив цены в сторону цены товара с более низкими издержками производства, чтобы удовлетворить спрос покупателей, которые готовы платить больше, чем цена товара с низкими производственными издержками, но не готовы платить стоимость товаров продавцов с высокими издержками, пока они еще были на рынке (рис. 9).

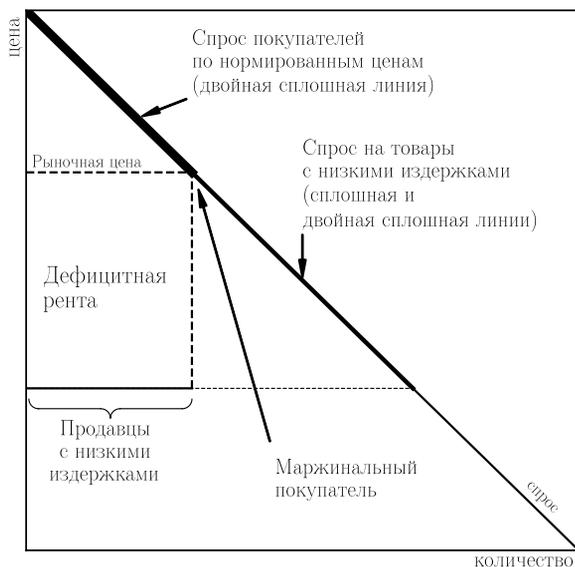


Рисунок 8



Рисунок 9

Некоторое увеличение объема производства может фактически быть выгодным для продавца с низкими издержками; это зависит от того, были ли издержки продавцов с высокими издержками настолько высокими, что они подняли цены выше цены, дающей максимальную прибыль продавцу с низкими издержками. Но нашему продавцу с низкими издержками никогда не будет выгодно увеличивать объем производства до уровня, который удовлетворит весь избыточный спрос, потому что это снизит цену до уровня производственных издержек такого продавца, лишив его всей прибыли. Вместо этого продавец будет выбирать такой объем выпуска товаров, чтобы максимизировать прибыль, а это означает, что продавец с низкими издержками создаст искусственный дефицит, практически превратившись в монополиста. В результате такой продавец-монополист создаст рынок, очень похожий на рынок, описанный на рис. 8, на котором спрос превышает предложение на товар, для которого нет дорогих альтернатив. Действительно, рис. 8 и 9 демонстрируют одну и ту же картину. Только вот причина отсутствия дорогостоящих альтернатив будет не в том, что продукт естественно дефицитный и что ни продавцы с высокими издержками, ни продавцы с низкими издержками не могут произвести больше, а будет заключаться в том, что наш продавец с низкими издержками решил не производить больше недорогих товаров, а продавцы с высокими издержками не смогут вернуться на рынок, потому что продавец с низкими издержками может установить более низкую цену по сравнению с их ценой производства и таким образом отобрать соответствующую долю рынка<sup>82</sup>. Возможность продавца с низ-

<sup>79</sup> Указ. соч.

<sup>80</sup> См. *Teece & Coleman*, supra note 4, at 819–822; Ср. *Peltzman*, supra note 69, at 231–233.

<sup>81</sup> Ср. *Peltzman*, supra note 69, at 231–233.

<sup>82</sup> См. *F. M. Scherer & David Ross*, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3d ed. 1990).

кими издержками устанавливать цены выше себестоимости здесь обусловлена искусственным дефицитом, созданным продавцом с низкими издержками, а не естественным дефицитом, связанным с неспособностью продавца с низкими издержками увеличить выпуск в краткосрочном периоде<sup>83</sup>.

И власть дефицита, и власть монополии уязвимы в отношении динамической конкуренции, то есть конкуренции со стороны продавцов, которые нашли способ производить товары еще с более низкими издержками<sup>84</sup>. Такой динамичный конкурент может наткнуться на новые запасы дефицитного природного ресурса или, благодаря исследованиям и разработкам, преодолеть технологический барьер в производстве, который не удалось преодолеть продавцу с низкими издержками<sup>85</sup>. Если на рынок выходят динамичные конкуренты, цикл повторяется: рынок возвращается к тому состоянию, на котором есть продавцы с низкими и высокими издержками, только теперь первоначальный продавец с низкими издержками становится продавцом с высокими издержками на этом рынке, а динамичный конкурент теперь является продавцом с низкими издержками, стремящимся вытеснить с рынка продавцов с высокими издержками. Если это происходит, когда наш первоначальный продавец с низкими издержками обладает монопольной властью (то есть после того, как наш первоначальный продавец с низкими издержками вытеснил с рынка продавцов с высокими издержками), то наш первоначальный продавец с низкими издержками больше не сможет искусственно ограничивать предложение, потому что покупатели будут просто покупать у нового динамичного конкурента еще с более низкими издержками. Таким образом, динамическая конкуренция разрушает монопольную власть, приобретенную нашим первоначальным продавцом с низкими издержками (рис. 10).

Если это изменение на рынке происходит до того, как наш первоначальный продавец с низкими издержками стал монополистом (то есть до того, как наш первоначальный продавец с низкими издержками вытеснил с рынка продавцов с высокими издержками), тогда динамичный конкурент получает собственную ренту от дефицита, и ее размер в расчете на единицу продукции будет больше, чем у нашего первоначального продавца с низкими издержками, потому что динамичный конкурент будет иметь еще более низкие издержки (рис. 11).

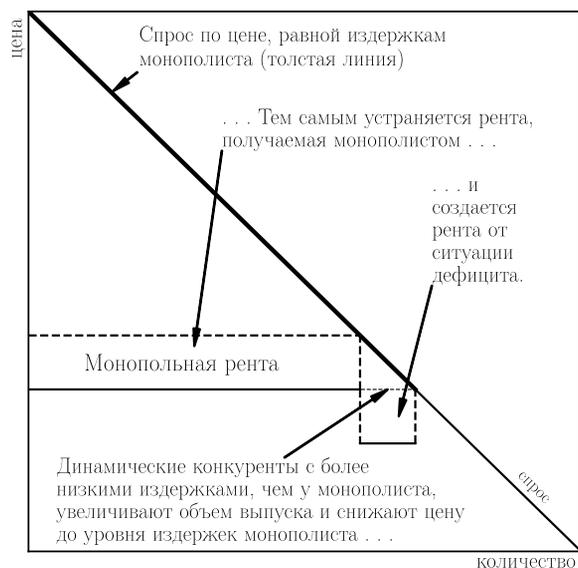


Рисунок 10

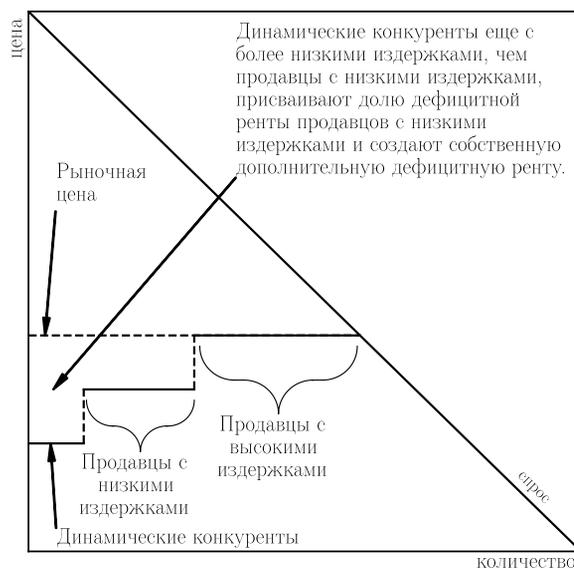


Рисунок 11

Более того, как только динамичный конкурент или наш первоначальный продавец с низкими издержками заберет долю рынка у продавцов с высокими издержками, вытеснив их с рынка, стоимость предельной единицы упадет до уровня цены нашего первоначального продавца с низкими издержками. Низкие издержки продавца и конкуренция между нашим первоначальным продавцом с низкими издержками и динамичным конкурентом снизят цену до уровня издержек нашего первоначального продавца с низкими издержками. Таким образом первоначальные дешевые товары продавца с низкими издержками больше не будут играть роль дефицитных, относительно востребованных товаров, предлагаемых рынком. Теперь эту роль будут играть товары, продаваемые динамичным конкурентом еще по более низкой цене, что объясняет, почему конкуренция способна снизить цену и устранить ренту от дефицита, получаемую нашим первоначальным продавцом с низкими издержками.

<sup>83</sup> См. Teece & Coleman, supra note 4, at 819–822.

<sup>84</sup> См. J. Gregory Sidak & David J. Teece, Dynamic Competition in Antitrust Law, 5 J. Competition L. Econ. 581, 603–607 (2009).

<sup>85</sup> Ср. указ. соч.

Очевидно, что динамическая конкуренция, таким образом, не разрушает власть дефицита в той мере, в какой она разрушает монопольную власть, а вместо этого просто приводит к смене продавца с низкими издержками, обладающего властью дефицита, на динамического конкурента. Эффекты динамической конкуренции тем не менее хороши для потребителей в обоих случаях, потому что независимо от того, влияет ли динамическая конкуренция на монопольную власть или власть дефицита, она в любом случае приводит к снижению цен, но она не может устранить власть, основанную на дефиците.

Для лучшего понимания стоит еще раз пояснить. Динамическая конкуренция может устранить монопольную ренту, поскольку может привести к невозможности поддержания искусственного дефицита на рынке, но она никогда не сможет устранить дефицит<sup>86</sup>. Продавцы — новые компании с более низкими издержками — порождают конкуренцию на рынке, создавая определенный дефицит. Они становятся более конкурентоспособными по сравнению с действующими продавцами на рынке, снижая расходы методами, на которые другие не способны. Таким образом, конкуренция устраняет власть, основанную на дефиците, только в части того, что эта власть переходит к другим участникам рынка, тогда как конкуренция полностью устраняет монопольную власть, не позволяя какой-либо одной фирме пользоваться преимуществом экономии на издержках так долго, чтобы иметь возможность вытеснить всех конкурентов с рынка. Учитывая способность конкуренции уничтожать монополию, компании, естественно, пытаются замедлить развитие конкуренции, и цель антимонопольного законодательства состоит в том, чтобы предотвратить такое поведение участников рынка<sup>87</sup>. Иными словами, стимулируя конкуренцию, антимонопольное законодательство стремится обеспечить, чтобы единственной формой власти на рынках была власть дефицита, а не монопольная власть.

### d. Критические замечания общего характера

Может показаться, что вышеизложенное объяснение происхождения дефицита и монопольной ренты применимо только к рынкам, на которых экономический рост происходит за счет снижения издержек — так называемого процесса инноваций, — как в описанном выше случае в отношении продавцов с высокими и низкими издержками<sup>88</sup>. Но на самом деле это объяснение применимо ко всем рынкам, включая те, для которых рост обычно происходит за счет улучшения качества продуктов, а не снижения затрат<sup>89</sup>. Это связано с тем, что на любом рынке для покупателей и продавцов действительно важен только избыток, создаваемый рыночными сделками, в которых они участвуют, и определяемый превышением покупательной ценности над издержками продавца. Из этого следует, что улучшение качества продукта можно смоделировать как снижение затрат без изменения результатов анализа рынка путем измерения избытка, созданного в результате улучшения продукта, а затем воспроизвести эту сумму за счет снижения стоимости при неизменной потребительской ценности<sup>90</sup>. Таким образом, мы можем применить линии спроса и предложения, отраженные на рис. 2, к любому рынку дифференцированного продукта, поскольку известные рынки, на которых рост происходит за счет улучшения качества продукта — при условии, что расстояние между линиями, которое отражает избыток, создаваемый рынком, представляет собой превышение стоимости над затратами в отношении дифференцированных продуктов<sup>91</sup>.

Если понять общность применяемого подхода, то станет ясно: то, что часто называют шumpетерианской рентой, на самом деле представляет собой всего лишь вид ренты от ситуации дефицита и, следовательно, уже полностью

<sup>86</sup> Утверждать, что власть дефицита является неотъемлемой частью конкуренции, не значит утверждать, что доходы от этой власти — рента от ситуации дефицита, а тем более монопольная рента — в каком-либо смысле необходимы для финансирования конкуренции, вознаграждения успешных конкурентов или иным образом нужны для эффективного функционирования рыночной экономики. Ср. *Joseph A. Schumpeter*, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 105 (1950) (утверждается, что монопольная прибыль необходима для финансирования инноваций); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004) («Возможность взимать монопольные цены, по крайней мере на короткий период, это то, что в первую очередь привлекает «хватких предпринимателей»; это побуждает к принятию риска, что приводит к инновациям и экономическому росту. Чтобы сохранить стимул к инновациям, обладание монопольной властью не будет считаться незаконным, если оно не сопровождается признаками антиконкурентного поведения»). Рента по определению не является необходимой для того, чтобы побудить фирмы производить продукцию и конкурировать на оптимальном уровне. См. *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1412–1426. Право на получение ренты от покупателей, основанное на дефиците, не может быть устранено, но правительство может вмешаться, чтобы предотвратить осуществление этого права, например, диктуя цены, облагая налогом ренту, полученную в результате переговоров, или ослабляя способность продавцов отказывать в доступе к своим товарам покупателям, которые не хотят платить за них полную цену. Каждое из этих вмешательств будет определять стоимость эффективности, но эта стоимость по существу является административной. Она возникает из-за сложности определения ренты и обеспечения ее перераспределения, а не из самого факта ее перераспределения, поскольку рента опять же сама по себе — это доход, который не является необходимым для стимулирования эффективного поведения компаний. Подробнее о налогах, обложении и тарифном регулировании см. в разделе III.A. Подробнее об ограничении права продавцов отказывать в доступе к товарам см. *Kennedy*, supra note 15, at 30–33.

<sup>87</sup> См. *Richard a Posner*, *Antitrust Law* (2d ed. 2001).

<sup>88</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 26 (рассмотрение дифференциации продуктов и монополистической конкуренции как отличных от совершенно конкурентных рынков, рассматриваемых первыми прогрессистами).

<sup>89</sup> См. *Frederic M. Scherer*, *First Mover Advantages and Optimal Patent Protection*, 40 *J. Tech. Transfer*, 559, 562–565 (2015).

<sup>90</sup> Это аналог концепции цены с поправкой на качество товаров, применяемой в настоящей работе для того, чтобы учитывать изменение избытка, а не цены. См. *Keith Cowling & A. J. Rayner*, *Price, Quality, and Market Share*, 78 *J. of Pol. Econ.* 1292, 1294 (1970).

<sup>91</sup> См. *Edward Hastings Chamberlin*, *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value*, 71 (7th ed. 1956).

рассмотрено в рамках этого подхода<sup>92</sup>. Шумпетерианская рента обусловлена властью, которая возникает у продавца в случае реализации на рынках технологических достижений, которые конкуренты временно не могут воспроизвести<sup>93</sup>. Следовательно, это не более чем доходы от власти, которой обладает динамичный конкурент, выводящий на рынок продукцию с более низкими издержками и способный получать таким образом дефицитную ренту, пока не появится следующий динамичный конкурент еще с более низкими издержками. Шумпетерианская рента отличается от дефицитной ренты в более общем плане только тем, что первая считается краткосрочной<sup>94</sup>. Технологический прогресс, который ни один динамично развивающийся конкурент не может воспроизвести в течение длительного периода времени, или ограниченность природных ресурсов, которую технологии не в состоянии преодолеть в течение десятилетий, являются примерами дефицита, который не является «дефицитом по Шумпетеру» по своему характеру, поскольку он носит долговременный характер<sup>95</sup>. Исторический переход западных экономик от рынков, характеризующихся краткосрочной рентой Шумпетера, к экономикам, характеризующимся долгосрочной рентой от ситуации дефицита, играет важную роль в современной левой критике антимонопольной политики, как мы увидим далее<sup>96</sup>. Но для первых прогрессистов сто лет назад было достаточно в рамках критики антимонополизма указывать на то, что редкость является неотъемлемым признаком конкуренции, и поэтому методами исключительно антимонопольной политики невозможно повлиять на неравенство, создаваемое рентой дефицита всех видов, шумпетеровской или иной<sup>97</sup>.

### е. Оригинальный рецепт прогрессистов для решения проблемы неравенства

Нельзя в целом сказать, что нет инструментов для регулирования ренты от ситуации дефицита. Действительно, от продавцов с низкими издержками на самом деле не требуется использовать свою власть, основанную на дефиците, для установления цен выше себестоимости и получения соответствующего избытка<sup>98</sup>. Издержки в экономическом смысле — это по определению все затраты, включая разумную прибыль на инвестиции, необходимые для того, чтобы продавец был готов, хотел и мог продавать любой объем продукции, требуемый рынком<sup>99</sup>. Из этого следует, что, если продавцы захотят, они могут установить цены по себестоимости, то есть установить цены, которые оставляют весь избыток, создаваемый рынком, покупателям, и при этом они считают, что в их интересах оставаться на рынке и продолжать производство для создания этого избытка для других<sup>100</sup>. Продавцы на самом деле не устанавливают цены по себестоимости не только потому, что им хочется получать прибыль, но и потому, что они нуждаются в ней в экономически значимом смысле<sup>101</sup>.

Из определения экономических издержек также следует, что правительство может заставить продавцов устанавливать цены по себестоимости или может взимать с продавцов посредством налогообложения любые избытки, которые продавцы фактически получают за счет установления цен выше себестоимости, и перенаправлять их для других целей, не уменьшая объем производства продавцов (рис. 12).

Прогрессисты, осознавшие ограничения конкуренции сто лет назад, поняли это и поэтому обратились к регулированию тарифов и налогообложению как к альтернативным средствам решения проблемы неравенства<sup>102</sup>. Они настаивали на регулировании цен в таких отраслях, как аренда городского жилья, в которой дефицит считался наиболее устойчивым, в дополнение к регулированию цен в отраслях коммунального обслуживания, характеризующихся значительной экономией за счет масштаба, для которых монопольная власть является главной проблемой<sup>103</sup>. Прогрессисты также настаивали на подходящем налогообложении и особенно корпоративном налогообложении, которое, как правило, ложится на ренту от ситуации дефицита напрямую за счет вычета процентов по инвестиционному финансированию<sup>104</sup>. Ответ на знаменитый вопрос Ричарда Хофштадтера (Richard Hofstadter) «что случилось с антимонопольным движением?» заключался в том, что прогрессисты пришли к пониманию того, что значение имеет невосприимчивая к конкуренции (или, точнее, созданная конкуренцией) рента от ситуации дефицита. Таким образом, налогообложение и та особая форма налогообложения, при которой покупатели удерживают выручку продавцов, известная как регулирование цен, стала рассматриваться прогрессистами в качестве предпочтительного инструмента для решения проблемы неравенства<sup>105</sup>.

<sup>92</sup> См. *Teece & Coleman*, supra note 2, at 820–822.

<sup>93</sup> См. указ. соч.

<sup>94</sup> См. указ. соч.

<sup>95</sup> См. указ. соч.

<sup>96</sup> См. ниже раздел II.B.2.

<sup>97</sup> См. *Hale*, supra note 7, at 25–26, 401.

<sup>98</sup> См. *Ramsi A. Woodcock*, *The Antitrust Duty to Charge Low Prices*, 39 *Cardozo L. Rev.* 1741, 1753 (2018).

<sup>99</sup> См. *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1412–1426.

<sup>100</sup> См. указ. соч.

<sup>101</sup> См. указ. соч.

<sup>102</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 40, 68, 160–205; *Avi-Yonah*, supra note 8, at 1212–1231.

<sup>103</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 124, 195–196, 204.

<sup>104</sup> См. *Reuven Avi-Yonah*, *A New Corporate Tax*, *Tax Notes Federal*, 653, 655–659 (2020); *Avi-Yonah*, supra note 8, at 1212–1231; *Fried*, supra note 8, at 203.

<sup>105</sup> См. *Richard Hofstadter*, *What Happened to the Antitrust Movement? In the Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, 188 (1st ed. 1967); *Fried*, supra note 8, at 24–25, 40, 68, 160–205; *Avi-Yonah*, supra note 8, at 1212–1231.

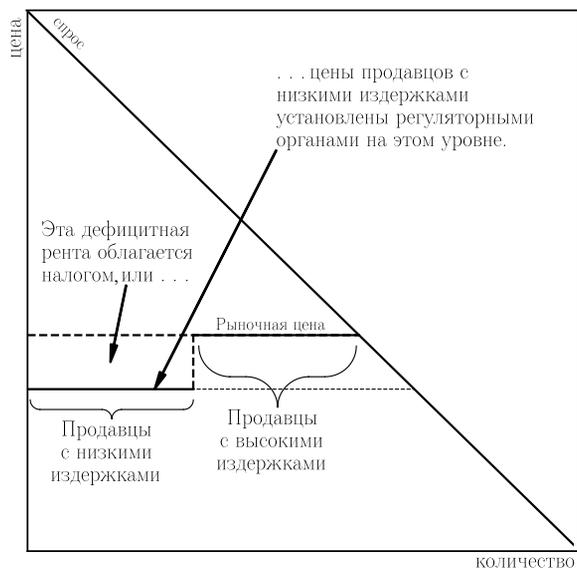


Рисунок 12

Стоит также отметить, что, хотя интерес к антимонопольному регулированию как прогрессивному инструменту упал, это не помешало институционализации антимонопольного регулирования в Америке и укреплению его в послевоенный период<sup>106</sup>. В это время антимонопольное законодательство стало излюбленным инструментом для борьбы с неравенством среди прогрессистов. В антимонопольной политике сегодня можно выявить следующую тенденцию: желание выйти за рамки возмещения монополярной ренты, в частности попытаться использовать антимонопольные средства для борьбы с рентой от ситуации дефицита. Воплощением этого тренда стала попытка американского антitrustовского истеблишмента в 1970-х гг. создать режим монополизации «без вины», то есть режим, который запрещал бы получение экономической прибыли, даже если продавец не предпринимал никаких действий для ограничения конкуренции<sup>107</sup>. Под такой режим, конечно, попали бы продавцы, которые получают экономическую прибыль за счет ситуации дефицита, а не монополии.

Представители Чикагской школы пресекли эту тенденцию в самом начале, указав, что намеренное разделение продавцов, получающих ренту от ситуации дефицита, создает риск утраты любых дефицитных ресурсов, будь то природных, технологических или обусловленных объективными факторами, которые позволяют продавцам производить продукцию с меньшими издержками и таким образом извлекать выгоду из дефицита, или создает, по крайней мере, риск невозможности для компаний с более низкими затратами увеличить долю рынка и как можно быстрее распространить более дешевую продукцию<sup>108</sup>. Представители Чикагской школы утверждали, что решение проблемы дефицита заключается в создании еще большего дефицита в смысле создания новых компаний еще с более низкими издержками<sup>109</sup>. Они указывали, что имеется в виду не создание новых компаний за счет разделения существующих продавцов с низкими издержками, поскольку это наоборот создаст только риск увеличения их издержек<sup>110</sup>. Кто-нибудь из первых прогрессистов вполне мог бы добавить к сказанному представителями Чикагской школы, что такое повышение издержек будет особенно нежелательным, потому что оно уничтожает избытки, которые правительство могло бы в противном случае облагать налогом с продавцов и использовать для государственных нужд. Представители Чикагской школы и первые прогрессисты вполне могли бы согласиться с тем, что только компании, которые искусственно создают дефицит, от которого они получают выгоду, могут быть наказаны без риска повышения производственных издержек, и только путем воздействия на те их действия, которые они совершают в целях ограничения конкуренции, а не путем их разделения<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> См. *Hofstadter*, supra note 105; *John Kenneth Galbraith*, *The New Industrial State* (2015).

<sup>107</sup> См. заметку, *The Industrial Reorganization Act: An Antitrust Proposal to Restructure the American Economy*, 73 *Colum. L. Rev.* 635, 637–640 (1973); *Herbert Hovenkamp*, *The Neal Report and the Crisis in Antitrust*, No. ID 1348707, 1–5 (2009).

<sup>108</sup> См. *Harold Demsetz*, *Two Systems of Belief About Monopoly*, in *Industrial Concentration: The New Learning* 164 (Harvey J. Goldschmid et al. eds., 1974). Напомним, что компании, обладающие властью дефицита на конкурентном рынке, имеют стимул увеличивать свою долю на рынке, потому что они не могут повышать цены. См. выше раздел II.B.1.c.

<sup>109</sup> См. указ. соч.

<sup>110</sup> См. *Peltzman*, supra note 69, at 262.

<sup>111</sup> См. *Posner*, supra note 87.

В дальнейшем дискуссия по данному вопросу не развивалась до тех пор, пока Тома Пикетти не привлек внимание к вопросу налогообложения, который поднимали в свое время первые прогрессисты, а также к важности проблемы дефицита, рассматриваемого представителями Чикагской школы, в своей работе о проблемах неравенства, в которой он вновь обратил внимание на то, что инструменты антимонопольного регулирования не могут использоваться как эффективное средство перераспределения богатства в целях борьбы с неравенством<sup>112</sup>.

## 2. Дополнительная аргументация Тома Пикетти против эффективности антимонопольной политики

Дополнительные современные аргументы со стороны левых против использования антимонопольных инструментов, которые в некоторой степени косвенно можно считать принадлежащими авторству Тома Пикетти, строятся на первоначальных взглядах прогрессистов на дефицит, но дополнены новыми историческими деталями, объясняющими усиление имущественного неравенства за последние пятьдесят лет.

Полагаем, справедливо будет сказать, что книга Пикетти «Капитал в двадцать первом веке» привлекла внимание современных интеллектуалов к проблеме имущественного неравенства<sup>113</sup>. В его книге были представлены не только результаты тщательно собранных Пикетти данных о росте имущественного неравенства после Второй мировой войны — данных, которые неопровержимо установили, что неравенство значительно увеличилось за последние десятилетия, но и теоретическое объяснение того, как возникло это неравенство и почему оно будет продолжать расти<sup>114</sup>. Вывод Пикетти по результатам обоснования его теории состоит в том, что  $r > g$ : норма прибыли на капитал в долгосрочной перспективе выше, чем скорость роста экономики<sup>115</sup>. Подразумевается, что доля собственников в экономическом пироге всегда в конечном счете растет быстрее, чем сам пирог, гарантируя, что в долгосрочной перспективе доля пирога, приходящаяся на труд, сократится, а неравенство возрастет<sup>116</sup>.

Дефицит — главное понятие теории Пикетти, которое состоит в том, что исторически норма прибыли на капитал составляла около четырех-пяти процентов и, вероятно, останется такой же. Этот доход может считаться издержками в том смысле, что может быть необходимо принять такие меры, чтобы владельцы капитала были готовы, хотели и могли предоставлять его, и в этом случае он не будет считаться рентой от ситуации дефицита<sup>117</sup>. Но Пикетти не считает прибыль на капитал издержками. Действительно, он ясно дает понять, что, если часть четырех или пяти процентов нормы прибыли станет издержками, он вычтет эту часть, чтобы определить реальную норму прибыли. Он соглашается, например, с тем, что землевладельцы могут нести расходы при освоении своей земли и что такие расходы следует вычитать из четырех- или пятипроцентной нормы прибыли, что приведет к изменению ее размера на два или три процента<sup>118</sup>. Из этого следует, что Пикетти рассматривает доход на капитал как экономическую прибыль в том смысле, что доход не является необходимым для того, чтобы побудить собственников предоставить свой капитал<sup>119</sup>.

Экономическая прибыль, конечно, может быть связана либо с монопольной властью, либо с властью от ситуации дефицита<sup>120</sup>. Но Пикетти категорически отвергает представление о том, что монопольная власть играет достаточную роль в повышении нормы прибыли на капитал для того, чтобы применение антимонопольного регулирования привело бы к сокращению неравенства<sup>121</sup>. Согласно Пикетти, «чистая и совершенная конкуренция не может изменить неравенство  $r > g$ , которое не является следствием какого-либо „несовершенства“ рынка»<sup>122</sup>. Из этого следует, что Пикетти рассматривает экономическую прибыль в размере четырех- или пятипроцентной доходности как ренту от ситуации дефицита.

В какой-то момент Пикетти, по-видимому, проводит различие между прибылью на капитал и рентой от дефицита. Он пишет, что дефицит увеличивает отдачу от капитала, предполагая, что сама отдача не обусловлена дефицитом<sup>123</sup>.

<sup>112</sup> См. *Piketty*, supra note 5, at 573.

<sup>113</sup> См. *Piketty*, supra note 5; *Idrees Kahloon*, Thomas Piketty Goes Global, *The New Yorker*, <https://www.newyorker.com/magazine/2020/03/09/thomas-piketty-goes-global> (дата обращения 31.05.2021).

<sup>114</sup> См. *Piketty*, supra note 5, at 1–49.

<sup>115</sup> Указ. соч. at 442–451.

<sup>116</sup> Указ. соч. at 443.

<sup>117</sup> См. *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1412–1426.

<sup>118</sup> См. *Piketty*, supra note 5, at 445 («Даже если мы примем гораздо более низкую оценку чистого дохода на капитал, например, приняв аргумент, который многие землевладельцы выдвигали на протяжении многих лет, что управлять большим поместьем не просто, что этот доход на самом деле представляет просто компенсацию за высококвалифицированный труд, вложенный собственником, мы все равно остались бы с минимальной (и, на мой взгляд, нереальной и слишком низкой) прибылью на капитал не менее 2–3 % в год, что все же гораздо больше, чем 0, 1–0,2 % [темпы роста экономики с Античности до XVII в.]»).

<sup>119</sup> См. *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1412–1426.

<sup>120</sup> См. выше раздел II.B. 1.с.

<sup>121</sup> См. *Piketty*, supra note 5, at 537 («Факт, что капитал приносит доход, который в соответствии с первоначальным значением слова, которое мы называем в этой книге „годовой рентой, производимой капиталом“, не имеет абсолютно никакого отношения к проблеме несовершенной конкуренции или монополии»).

<sup>122</sup> См. *Piketty*, supra note 3, at 537.

<sup>123</sup> См. *Piketty*, supra note 5, at 35 (утверждение, что факторы, повышающие норму прибыли на капитал, «могут усугубляться рикардским принципом дефицита: высокие цены на недвижимость или нефть могут способствовать структурной дивергенции»).

Пикетти утверждает, что прибыль на капитал по своей сути является нормальным явлением: капитал должен приносить какой-то доход, и такой доход оказывается в пределах четырех или пяти процентов<sup>124</sup>. Но это различие между дефицитом как стимулом отдачи и обычной нормой отдачи от капитала несостоятельно с точки зрения нашего определения экономической прибыли как платежей, превышающих суммы, необходимые для стимулирования производительной деятельности<sup>125</sup>. Единственная причина, по которой капитал вообще может приносить какой-либо доход в смысле экономической прибыли, если предположить, как это делает Пикетти, что этот доход не состоит полностью из монопольной прибыли, заключается в дефиците: факт, что некоторые продавцы имеют более низкие издержки по сравнению с другими и таким образом могут контролировать дефицитные ресурсы<sup>126</sup>. Из этого следует, что доход в 4 или 5 %, который указывает Пикетти, представляет собой ренту дефицита, а то, что Пикетти имеет в виду под «дефицитом», представляет собой *исключительный* дефицит: рынки, на которых предельный покупатель платит цену, превышающую издержки производства предельной единицы, поскольку ресурсы настолько дефицитны, что недостаточно производства, даже дорогостоящего, для удовлетворения спроса. Дефицит Пикетти — это *исключительный* дефицит на рисунке 8, а прибыль на капитал — не так редко встречающийся дефицит, показанный на рисунке 7.

С этой точки зрения мы можем следующим образом переформулировать тезис Пикетти о том, что неравенство будет расти в долгосрочной перспективе, поскольку норма прибыли на капитал превышает темпы роста экономики<sup>127</sup>. По сути, Пикетти утверждает, что, если национальный доход (то есть  $g$  Пикетти) растет быстрее, чем экономическая прибыль (то есть прибыль на капитал по Пикетти,  $r$ ), и мы можем предположить, что избыток растет с той же скоростью, что и национальный доход (то есть уменьшение отдачи на капитал не наступило), то и избыток должен расти быстрее, чем экономическая прибыль. В результате очень богатые, для которых предполагается, что доход возникает в первую очередь из экономической прибыли, уступят свои позиции другим участникам рынка. Но если экономическая прибыль больше, чем увеличение избытка (если  $r > g$ ), тогда богатые, которые, будучи акционерами, как правило, пользуются экономической прибылью, создаваемой экономикой, будут отдаляться от всех остальных и их богатство будет только увеличиваться<sup>128</sup>.

Таким образом, на языке ренты можно сказать, что теория Пикетти строится на зависимости от размера экономической прибыли, получаемой продавцами. Поскольку Пикетти отвергает представление о том, что такая прибыль обусловлена монопольной властью, он отвергает представление и о том, что  $r$  можно снизить до  $g$ , а неравенство устранить просто с помощью проведения антимонопольной политики<sup>129</sup>. Вместо этого он утверждает, что только налоговая политика и другие меры, направленные на перераспределение ренты от ситуации дефицита, могут уменьшить<sup>130</sup>. Действительно, он утверждает, что исторически только два основных фактора когда-либо снижали ренту от ситуации дефицита, и то только один раз в истории цивилизации, в середине XX в.<sup>131</sup> Во-первых, это мировые войны и Великая депрессия, которые в нашей схеме уменьшили бы разницу между производителями с низкими и высокими издержками, уничтожив все активы самого высокого качества и, следовательно, тем самым уменьшив размер ренты от ситуации дефицита (то есть преобразование рынков из состояния, отраженного на рисунке 5, в состояние, которое изображено на рисунке 4)<sup>132</sup>. Этот инструмент явно не подходит для использования политиками в будущем для сокращения неравенства. Во-вторых, это введение подоходного налога с высокими предельными ставками на большие доходы<sup>133</sup>.

В конечном счете источник неравенства, по мнению Пикетти, заключается в том, что богатые владеют всем самым лучшим, и даже на конкурентных рынках они могут в результате переговоров добиться лучших результатов, чем экономические показатели в целом. По мнению Пикетти, состояние рынка, отраженное на рисунке 6, на котором изображена значимая рента от ситуации дефицита, в основном соответствует действительности. Это наиболее очевидно в отношении очень больших состояний. Пикетти отмечает, что «для самых больших унаследованных состояний, порядка десятков миллиардов долларов или евро, можно, вероятно, предположить, что большая часть денег остается вложенной в семейную фирму (как в случае с семьей Беттанкур с L'Oréal и семьей Уолтон с Walmart в Соединенных Штатах)»<sup>134</sup>. Огромная прибыль, полученная от этих состояний, буквально представляет собой рентный доход, полученный одним коммерческим предприятием, работающим на одном рынке, как в общих чертах показано на рис. 6. Наследники L'Oréal и семьи Уолтон год за годом получают избытки не потому, что эти компании являются монополиями, — косметических компаний много, а лозунг «низкие цены каждый

<sup>124</sup> См. указ. соч. at 536 («Если капитал выполняет полезную функцию для целей производства, то естественно, что он должен приносить доход»).

<sup>125</sup> См. Woodcock, The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance, supra note 43, at 1412–1426.

<sup>126</sup> См. ниже раздел II.B.1.c.

<sup>127</sup> См. Piketty, supra note 7, at 442–451.

<sup>128</sup> Указ. соч.

<sup>129</sup> Указ. соч. at 536–537.

<sup>130</sup> Указ. соч. at 597–746.

<sup>131</sup> Указ. соч. at 449.

<sup>132</sup> Указ. соч.

<sup>133</sup> Указ. соч.

<sup>134</sup> Указ. соч. at 559.

день» компании Walmart вряд ли можно назвать лозунгом монополиста, а потому, что эти компании либо занимают нишу на рынке, которую не могут занять никакие другие фирмы, или просто имеют более низкие затраты, чем их конкуренты, то есть в обоих случаях: из-за ситуации дефицита.

Другим примером является опытный инвестор Уоррен Баффет. Когда он утверждает, что ищет фирмы, окруженные «рвами», он не имеет в виду монополии<sup>135</sup>. Он имеет в виду фирмы, которые контролируют ограниченные ресурсы, такие как железнодорожные сети. Учитывая высокую стоимость прокладки путей, в ближайшее время новых участников рынка железнодорожной сети в Соединенных Штатах не предвидится. А до тех пор Баффет, чья компания Berkshire Hathaway приобрела железную дорогу Burlington Northern Santa Fe в 2010 г., будет соответственно пользоваться избытками<sup>136</sup>.

Но соотношение богатства с владением всеми лучшими вещами также верно в отношении богатства среднего размера, хотя и по несколько иной причине. Пикетти утверждает, что «по мере продвижения вниз по списку [крупнейших состояний] вполне вероятно, что многие унаследованные состояния распределены в диверсифицированных портфелях»<sup>137</sup>. Но диверсифицированные портфели также имеют тенденцию генерировать экономическую ренту, потому что, согласно Пикетти, они достаточно велики, чтобы позволить их владельцам получать инвестиционный результат от эффекта масштаба от управления портфелем, при этом средства используются для покупки самых дефицитных активов на рынках, в которые они инвестируются<sup>138</sup>.

Смысл работы Пикетти состоит в том, что при проведении антимонопольной политики упускаются из виду причины современного неравенства, если при этом воздействию подвергаются фактические монополии и если их разделение направлено для борьбы с дефицитом, то это может привести только к такому же результату борьбы с неравенством, который был достигнут, когда в результате бомбардировок Европы было уничтожено достаточное количество капитала, чтобы сгладить кривую затрат и снизить норму прибыли на капитал. Таким образом, Пикетти утверждает, что решение проблемы неравенства состоит в применении налоговых механизмов, а не антимонопольных мер: правительство должно облагать налогом ренту от ситуации дефицита и широко распределять ее среди населения<sup>139</sup>.

### III. ОБЪЯСНЕНИЕ ИНТЕРЕСА СОВРЕМЕННЫХ ПРОГРЕССИСТОВ АМЕРИКИ К БОРЬБЕ С НЕРАВЕНСТВОМ С ПОМОЩЬЮ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

#### A. «Танцы с бубном» вокруг системы налогообложения в научных юридических кругах

Тот факт, что прогрессисты сто лет назад и «крестные отцы» современного интереса к проблеме неравенства отвергают представление о том, что неравенство возникает из-за монопольной ренты, ставит вопрос, почему сегодня в Америке вообще существует антимонопольное движение. Этот вопрос тем более интересен, что это движение не является продуктом антимонопольного истеблишмента, как это было в середине века, выступавшего за беспристрастный режим монополизации<sup>140</sup>. Истеблишмент того времени, который продвигал антимонопольную политику, потому что это было его профессиональным долгом, давно ушел с политической арены, его заменили чиновники и ученые-специалисты по антимонопольному регулированию, которые, опираясь на аргументацию представителей Чикагской школы, пропагандируют расширение применения центристских взглядов в области правового регулирования<sup>141</sup>. По-видимому, можно выделить две основные причины возрождения интереса к антимонопольным мерам: одна — давно сложившаяся причина, а другая — недавно возникший повод.

Давно возникшая причина — это американский налоговый бунт, начавшийся в 1980-х гг., когда администрацией Рейгана были снижены самые высокие предельные ставки подоходного налога, и продолжающаяся, относительно неуклонно растущая до настоящего времени волна неравенства и вызванное этой волной общее беспокойство<sup>142</sup>. Несмотря на усилия демократов по повышению ставок подоходного налога, они остаются существенно ниже тех,

<sup>135</sup> См. *Tae Kim*, Warren Buffett Believes this is “the Most Important Thing” to Find in a Business, CNBC, <https://www.cnbc.com/2018/05/07/warren-buffett-believes-this-is-the-most-important-thing-to-find-in-a-business.html> (дата обращения 18.05.2021).

<sup>136</sup> См. *Patrick Morris*, The Truth Behind Warren Buffett’s Billion-Dollar Railroad Bet, THE MOTLEY FOOL, <https://www.fool.com/investing/general/2014/06/22/the-truth-behind-warren-buffetts-billion-dollar-ra.aspx> (дата обращения 18.05.2021).

<sup>137</sup> *Piketty*, supra note 5, at 559.

<sup>138</sup> Указ. соч. at 571.

<sup>139</sup> Указ. соч. at 449.

<sup>140</sup> См. *Hovenkamp*, supra note 107, at 1–2; *Kovacic*, supra note 66, at 1119–1128, 1137–1139.

<sup>141</sup> См. *Hofstadter*, supra note 105 (обсуждение институционализации антимонопольного регулирования); How the Chicago School Overshot the Mark (Robert Pitofsky ed., 2008) (сборник работ, отражающих взгляды современного левоцентристского истеблишмента); *Jonathan B. Baker*, Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust, 81 Fordham L. REV. 2175, 2184 (2012) (сформулирован современный левоцентристский взгляд на правоприменение).

<sup>142</sup> См. *Brownlee*, supra note 9, at 182–183, 210–211, 228, 241, 272, 286; *Piketty*, supra note 5, at 499.

что были до их снижения администрацией Рейгана<sup>143</sup>. Даже администрация Байдена, которая предложила самые амбициозные программы налогообложения и расходов за последние десятилетия, не предложила поднять ставки подоходного налога до прежнего уровня<sup>144</sup>. Как только в 1980-х гг. стало ясно, что избиратели больше не поддерживают использование налоговой системы для перераспределения богатства, ученые из числа прогрессистов начали проявлять интерес к альтернативным схемам перераспределения, которые рассматривались и в конечном итоге отвергались первыми прогрессистами и неэффективность которых также была позднее подтверждена Пикетти<sup>145</sup>. Современный антимонополизм является выражением постоянного стремления решить проблему перераспределения богатства, не прибегая к налоговой политике.

Большая часть литературы, появившейся в результате нежелания широко использовать инструменты налогообложения, — литература, которая продолжает расти как на дрожжах, — сосредоточена на опровержении аргумента, который по иронии судьбы возник в результате стремления прогрессистов к перераспределению через налогообложение и достиг наивысшей силы накануне налогового бунта эпохи Рейгана<sup>146</sup>. Это был аргумент против перераспределения на рыночном уровне и в пользу использования для перераспределения подоходного налога<sup>147</sup>. Наиболее активно данная идея получила свое развитие в работах Гарольда Хотеллинга в 1930-х гг. и стала предметом знаменитой статьи 1976 г. двух либеральных львов мира экономики, Энтони Аткинсона и Джозефа Стиглица<sup>148</sup>. Эти авторы защищали от попыток удушения полумерами гениальные идеи первых прогрессистов о том, что перераспределение лучше всего осуществлять исключительно налоговыми мерами.

Тот вид налогообложения, который первые сторонники прогрессивизма предполагали установить в отношении ренты от ситуации дефицита, должен был быть строго приспособлен для тех инфрамаргинальных продавцов на каждом рынке, которые имели более низкие производственные издержки, чем предельные продавцы, и поэтому могли присваивать себе долю избытка<sup>149</sup>. На первый взгляд может показаться, что предлагаемый налог представляет собой налогообложение в отношении отдельных товаров — введение налога на нефть, скажем, если нефтяные компании получают большую ренту от ситуации дефицита. Но товарное налогообложение на самом деле является слишком грубым инструментом, поскольку оно распространяется на всех продавцов, как на инфрамаргинальных, так и на предельных, с низкими и высокими издержками, в результате чего такой налог вытеснил бы с рынка предельных продавцов и фактически создал бы искусственный дефицит, а не просто перераспределение избытков, как предполагалось, и, следовательно, не привел бы к желаемой цели<sup>150</sup>. Таким образом, вид налога, который предлагали первые прогрессисты, был гораздо более узконаправленным: он должен был быть персонализирован для каждого отдельного продавца<sup>151</sup>. Те, кто получал ренту от ситуации дефицита, должны были облагаться налогом, а те, кто не получал, — не должны<sup>152</sup>. На практике, конечно, правительству было бы почти невозможно отличить инфрамаргинальных продавцов от маргинальных, потому что экономическая стоимость представляет собой сложное явление<sup>153</sup>. Чтобы облагать налогом прибыль сверх себестоимости, необходимо решить, какие расходы продавца

<sup>143</sup> См. *Brownlee*, supra note 9, at 178–249; Historical Highest Marginal Income Tax Rates, Tax Pol’y Center, <https://www.taxpolicycenter.org/statistics/historical-highestmarginal-income-tax-rates> (дата обращения 02.06.2021) (показано, что самая высокая предельная ставка налога на прибыль, которая составляла 92% в 1953 г., упала с 70% в 1980 г. до 50% в 1982 г., с тех пор не поднималась выше 39,6% и в настоящее время составляет 37%).

<sup>144</sup> См. United States Department of the Treasury, *The Made in America Tax Plan*, Tax Pol’y Econ (2021).

<sup>145</sup> См. *Ramsi Woodcock*, *Making the Rich Pay More and the Poor Pay Less: Personalized Pricing as a Remedy in Antitrust and Public Utility Regulation*, Ssm Scholarly Paper (Feb. 17, 2019), <https://papers.ssm.com/abstract=3378864>.

<sup>146</sup> См., e.g., *Anthony Atkinson & Joseph Stiglitz*, *The Design of Tax Structure: Direct versus Indirect Taxation*, 6 J. Pub. Econ. 55, 602 (1976); *Harold Hotelling*, *The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates*, 6 *Econometrica* 242, 242 (1938).

<sup>147</sup> См. *F. Y. Edgeworth*, *The Pure Theory of Taxation III*, 7 *Econ. J.* 550, 568 & n.1 (1897) («Если заданная сумма <...> повышается за счет налогообложения нескольких товаров <...>, как правило, в отношении этих товаров происходит потеря „потребительской ренты“, которая не происходит, когда сумма прямо вычитается из дохода»); *Hotelling*, supra note 146, at 242 (утверждается, что «все налоги на товары, включая налоги с продаж, вызывают больше возражений, чем налоги на доходы, наследство и стоимость земли»); *David Walker*, *The Direct-Indirect Tax Problem: Fifteen Years of Controversy*, 10 *Pub. Fin. Finances Publiques* 153 (1955); *John Richard Hicks*, *Value and Capital: An Inquiry Into Some Fundamental Principles of Economic Theory* (2001) («Налог на товары ложится большим бременем на потребителей, чем подоходный налог»); *Atkinson & Stiglitz*, supra note 146, at 74 («Если функция общего подоходного налога может быть использована правительством, то, как показано, там, где функция полезности разделена между трудом и всеми товарами, нет необходимости применять косвенные налоги»); *A. B. Atkinson*, *Optimal Taxation and the Direct versus Indirect Tax Controversy*, 10 *the Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d’Economie* 590, 602 (1977) («Мы не рассматривали администрирование двух видов налогообложения и возможность того, что избежать или уклониться от одного из них может быть труднее»).

<sup>148</sup> См. *Hotelling*, supra note 146, at 242; *Atkinson & Stiglitz*, supra note 146, at 602; *Atkinson*, supra note 147, at 595. Несколько иное изложение последующей истории см. *Woodcock*, *Making the Rich Pay More and the Poor Pay Less*, supra note 145.

<sup>149</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 201–202.

<sup>150</sup> Указ. соч. at 202–203.

<sup>151</sup> Указ. соч. at 201–202.

<sup>152</sup> Указ. соч.

<sup>153</sup> См. указ. соч. at 202 («Проблемы выделения той части ренты, которая отражает инфрамаргинальные вкусы к текущему потреблению или досугу, кажутся <...> неразрешимыми»).

действительно необходимы для удержания продавца на рынке, а какие нет, и поэтому они должны считаться облагаемой налогом рентой<sup>154</sup>.

Вместо того чтобы отступить от этой идеи, прогрессисты обратили свой взор на возможные варианты замены объектов налогообложения вместо ренты от ситуации дефицита. Одним из таких вариантов было налогообложение некоторой доли прибыли корпораций за вычетом процентных платежей, так называемого корпоративного налога<sup>155</sup>. Идея здесь заключалась в том, что маргинальные продавцы, вероятно, зарабатывают ровно столько, сколько нужно для погашения своих кредитов плюс дополнительный доход, необходимый для привлечения инвестиций в акционерный капитал<sup>156</sup>. Допуская вычет процентов, а также устанавливая ставку корпоративного налога значительно ниже 100%, корпоративное налогообложение позволит избежать налогообложения доходов, которые необходимы маргинальным продавцам для удовлетворения кредиторов и инвесторов, но все же будет сохранять за ними значительную часть ренты от ситуации дефицита<sup>157</sup>. Такой универсальный подход не позволит лишить продавца ренты от ситуации дефицита в полном объеме, но позволит получить ее часть. А остальное, как утверждалось, можно было бы получить за счет дополнительного налога, взимаемого непосредственно с богатых людей, которым в конечном итоге выплачивалась эта дефицитная рента в виде дивидендов акционерам либо в виде зарплат топ-менеджерам<sup>158</sup>. Такой подоходный налог, конечно, не был бы совершенным инструментом, потому что правительство не могло бы точно сказать, какая часть дохода человека действительно является избытком, который можно было бы облагать налогом, не заставляя работодателя или инвестора, получающего доход от инвестиций, изменять условия найма или использования капитала, и изъятие какой части дохода позволит компаниям обойтись без дополнительного привлечения рабочей силы или инвестиций и не увеличивать выплаты, чтобы компенсировать работникам или инвесторам суммы уплаченных налогов<sup>159</sup>. Была надежда, что таких искажений правительство могло бы избежать, если бы размер налоговых ставок был бы тщательно проработан и обоснован<sup>160</sup>.

Но возможно ли установить такие ставки налогов? Аткинсон и Стиглиц утверждали, что, какой бы уровень искажения ни вызывало подоходное налогообложение, оно по крайней мере меньше по сумме, чем искажение, вызванное альтернативным налогообложением товаров<sup>161</sup>. Дискуссия началась с попытки Гарольда Хотеллинга ответить на более узкий вопрос: как лучше осуществлять сбор денег на поддержание общественной инфраструктуры: за счет общих налоговых поступлений, получаемых из «налогов на доходы, наследство и стоимости земли» или через специальные сборы<sup>162</sup>. Хотеллинг указывал, что плата за пользование мостом, например, создает искусственный дефицит и, следовательно, искажение; она повышает фактическую цену доступа к инфраструктуре и, таким образом, вытесняет некоторых пользователей с рынка, сокращая использование продукта<sup>163</sup>. Тогда доходы от налога на использование продукта на самом деле являются монопольной рентой, созданной этим искусственным дефицитом<sup>164</sup>. Было бы лучше, утверждал Хотеллинг, чтобы правительство платило за инфраструктуру путем налогообложения доходов<sup>165</sup>.

Сам Хотеллинг указал, что этот аргумент можно обобщить, применив его к выбору между подоходным налогом и налогом на товары, а не только к сборам за инфраструктуру. Любой налог, направленный на конкретный товар, а не только на «используемый» связанный с инфраструктурой, вытеснит с рынка маргинальных покупателей или продавцов, создавая искусственный дефицит, и, следовательно, желаемый результат перераспределения достигнут не будет<sup>166</sup>. Но аргумент Хотеллинга ставит вопрос о том, связаны ли какие-либо издержки для повышения эффективности с подоходным налогом: не создает ли подоходный налог также искусственный дефицит в данном случае рабочей силы?<sup>167</sup> В течение следующих нескольких десятилетий попытка ответить на этот вопрос привела к тому, что был сформулирован так называемый аргумент двойного искажения, который достиг своего наивысшего уровня математической формализации в статье Аткинсона и Стиглица 1976 г.<sup>168</sup> Аргумент состоял в том, что подоходный налог не

<sup>154</sup> См. *Woodcock*, *The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance*, supra note 45, at 1412–1426.

<sup>155</sup> См. *Avi-Yonah*, supra note 8, at 1212–1231.

<sup>156</sup> См. *Avi-Yonah*, supra note 104, at 655–659.

<sup>157</sup> Указ. соч.; ср. *Fried*, supra note 8, at 203.

<sup>158</sup> См. *Fried*, supra note 8, at 202–203.

<sup>159</sup> Указ. соч.

<sup>160</sup> Указ. соч.

<sup>161</sup> См. *Atkinson & Stiglitz*, supra note 146, at 74.

<sup>162</sup> См. *Hotelling*, supra note 146, at 242.

<sup>163</sup> Указ. соч. at 245–246.

<sup>164</sup> Указ. соч.

<sup>165</sup> Указ. соч. at 242.

<sup>166</sup> Указ. соч.

<sup>167</sup> См. *W. J. Corlett & D. C. Hague*, *Complementarity and the Excess Burden of Taxation*, 21 REV. ECON. STUD. 21, (1953); I. M. D. Little, *Direct Versus Indirect Taxes*, 61 Econ. J. 577, 580 (1951) («Было произвольно принято, что предложение труда постоянно или, другими словами, что потребление какого-либо блага, досуга, не зависит от изменений его собственной или других цен. Это явно неоправданное предположение, которое должно быть исключено»).

<sup>168</sup> Ранние формулировки аргумента см. *Edgeworth*, supra note 145, at 568 & n.1; *Hicks*, supra note 147, at 41. Понятие «двойное искажение» принадлежит Chris William Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View Exchange: Should Legal Rules Be Used to Redistribute Wealth*, 29 J. Legal Stud. 797, 799 (2000).

приведет к настолько нежелательным результатам — искажению — как налог на товары, потому что подоходный налог создаст искусственный дефицит только на рынках труда, тогда как налогообложение товаров создаст искусственный дефицит как на товарных рынках, так и на рынке труда, повлияв на размеры заработной платы, поскольку цены товаров влияют на покупательную способность потребителей<sup>169</sup>.

Оглядываясь назад, довольно трудно понять, почему ученые того времени считали этот аргумент смертельным ударом по налогообложению товаров, потому что в соответствии с математическими моделями он работал только при исключении второго искажения для подоходного налогообложения<sup>170</sup>. Аткинсон и Стиглиц просто предположили, что повышение цен на конкретный продукт, вызванное введением налога на товары, делает этот продукт искусственно дефицитным по сравнению с другими и также сокращает рабочее время, заработную плату, выплачиваемую работодателями, в результате установления подоходного налога, что приводит к возникновению искусственного дефицита рабочей силы, но в итоге не снижает потребление одних продуктов по отношению к другим<sup>171</sup>. В работе Аткинсона и Стиглица 1976 г., как и во всех более ранних работах, обосновывавших аргумент о двойном искажении, не рассматривается двойное искажение, создаваемое подоходным налогом, только потому, что связь между поведением на товарном рынке и рынке труда, используемая для объяснения искажения, создаваемого налогообложением товаров, по отношению к искажению на рынке труда рассматривается вне связи с причинами искажения, создаваемого налогообложением доходов, по отношению к искажениям на товарных рынках<sup>172</sup>. И высказанное учеными предположение, очевидно, выглядит необоснованным: чем богаче человек, тем больше он покупает одних товаров (например, драгоценностей) по сравнению с другими (например, общественным транспортом), и наоборот<sup>173</sup>.

Парадокс со статьей Аткинсона и Стиглица 1976 г. заключался в том, что она, казалось, нанесла решающий удар по вопросу возможности использования налогообложения почти в тот момент, когда налоговый бунт сделал политически невозможным решение проблемы перераспределения через подоходный налог, заставив прогрессистов обратиться к некоторым из альтернативных вариантов, которые собственно сами Аткинсон и Стиглиц указали в качестве неэффективных. Таким образом, статья 1976 г. превратилась из оружия в препятствие, сила которого со временем росла<sup>174</sup>.

Действительно, в начале 1980-х гг. работа Аткинсона и Стиглица, по-видимому, имела весьма узкое значение. Кажется, в ней было зафиксировано только то, что фактическое налогообложение товаров (скажем, налог на яхты) и родственный ему инструмент в форме прямого регулирования цен или ставок (родственный, потому что установленная правительством низкая цена подобна налогу, уплачиваемому покупателям) приводят к большому искажению, чем подоходный налог. Это не представляло весомой проблемы, потому что тогда, как и сейчас, ни налогообложение товаров, ни регулирование цен не привлекали прогрессистов, которые не были чужды взглядов либертарианства, вдохновившего налоговый бунт правых<sup>175</sup>. Действительно, прогрессисты как раз в тот момент работали с консерваторами над политикой дерегулирования, которая положила конец ценовому регулированию, охватывавшему четверть ВВП американской экономики<sup>176</sup>. Налогообложение товаров также казалось чрезмерно бюрократическим, централизованным и потенциально недемократическим инструментом для прогрессистов, которые несмотря на свои взгляды с большей вероятностью, чем консерваторы, рекомендовали его к использованию, когда здоровье и безопасность, казалось, требовали вмешательства, как, например, в случае с налогом на сигареты<sup>177</sup>.

<sup>169</sup> См., е.г., *Little*, supra note 167, at 580.

<sup>170</sup> Cp. *Atkinson*, supra note 147, at 601 («Можно представить себе, что даже это ограниченное требование делимости на практике может не выполняться: например, в отношении товаров для отдыха»).

<sup>171</sup> См. *Atkinson & Stiglitz*, supra note 146, at 68 («Если функция полезности слабо делима между трудом и всеми потребительскими товарами [взятыми вместе], то нет необходимости применять налогообложение товаров»).

<sup>172</sup> См. *Atkinson*, supra note 147, at 600–602.

<sup>173</sup> См. *Walker*, supra note 147.

<sup>174</sup> См. *Woodcock*, Making the Rich Pay More and the Poor Pay Less, supra note 145.

<sup>175</sup> *Барбара Фрид (Barbara Fried)* утверждает, что прогрессисты также скептически относились к тому, что регулирование ставок может быть эффективно применено к дефицитной ренте, а не к монопольной ренте из-за сложности определения затрат отдельных компаний. См. *Fried*, supra note 6, at 200–201. Но при этом упускается из виду тот факт, что использование регулирования цен для борьбы с монопольной рентой также требует определения затрат отдельных компаний, поскольку они необходимы для определения конкурентной рыночной цены, которую компании должны устанавливать, чтобы не получать монопольную ренту. Более того, законы о регулировании тарифов, которые требуют «разумного» ценообразования, обычно интерпретируются как требующие установления цен по экономическим издержкам, а не на основе конкурентного ценообразования, и, таким образом, на практике их следует понимать как покушение на ренту дефицита, даже если регулирование тарифов обычно навязывается только в отрасли естественных монополий. См. *J. Stephen Henderson & Robert E. Burns*, An Economic and Legal Analysis of Undue Price Discrimination 43 (1989) («Традиционно считалось, что разумный подход предполагает установление ставок, основанных на затратах»).

<sup>176</sup> См. *Thomas K McCraw*, Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn 266–270, 293 (1984); *Richard H. K Vietor*, Contrived Competition: Regulation and Deregulation in America, 16 (1996); *Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill*, The Great Transformation of Regulated Industries Law, 98 Colum. L. Rev. 1323, 1330–1340 (1998).

<sup>177</sup> Cp. *Daniel A. Crane*, Harmful Output in the Antitrust Domain: Lessons from the Tobacco Industry, 39 GA. L. Rev. 321, 365–367 (2005).

Вместо этого прогрессисты хотели использовать нормы частного права — договорного права, права собственности и деликтного права — для перераспределения богатства на рыночном уровне<sup>178</sup>. Это было проявлением либертарианских взглядов прогрессистов, потому что нормы частного права определяют способность людей участвовать в перераспределении самостоятельно, либо напрямую, либо посредством подачи частных исков<sup>179</sup>. Установление ответственности за загрязнение с возможностью компенсации причиненных в результате этого убытков может потенциально позволить обычным людям перераспределять большие суммы богатства от крупных компаний в свою пользу посредством предъявления частных судебных исков<sup>180</sup>. Точно так же, как предоставление лицензий для тех, кто вторгается на чужую территорию в целях прокормить себя, потенциально может позволить голодным прокормить себя<sup>181</sup>. Никаких административных принудительных мер со стороны государства, за исключением работающих судебной системы, не потребуется<sup>182</sup>. До повторной волны интереса к антимонопольному регулированию в последние несколько лет антимонопольное законодательство почти не играло роли в стремлениях прогрессистов в борьбе с неравенством, сосредоточенных главным образом вокруг налоговой системы, возможно, потому, что антимонопольное законодательство сочетало в себе аспекты, которые, казалось, способствовали проявлению личной свободы (такими как защита доступа на свободный рынок) с аспектами мер государственного регулирования (такими как принудительное разделение крупных частных фирм по инициативе государственных органов), которые были неприемлемы для либертарианских взглядов прогрессистов.

Перераспределение с использованием институтов частного права, казалось, выскользнуло из внимания Аткинсона и Стиглица в 1976 г., пока этот дуэт юриста и экономиста не указал на то, что изменение правовых норм частного права эквивалентно введению налогов на товары<sup>183</sup>. Установление ответственности за загрязнение окружающей среды по сути эквивалентно установлению налога на любой товар, который производит продавец, загрязняющий среду, создавая искусственный дефицит и передавая полученную ренту лицам, понесшим ущерб от загрязнения<sup>184</sup>. Точно так же лицензия, предоставляющая право доступа на чужую территорию, создает искусственный дефицит в еде — правда, не в отношении голодных, а в отношении тех, кто покупает, ибо теперь они не могут купить столько же и должны платить за это больше<sup>185</sup>. Следовательно, утверждали эти ученые, если подоходное налогообложение является лучшим способом перераспределения, чем налогообложение товаров, то подоходное налогообложение также является лучшим способом перераспределения, чем манипулирование нормами частного права<sup>186</sup>.

Это заявление вызвало эффект взорвавшейся бомбы в академической юридической среде, осколки от взрыва которой полетели не только в прогрессистов, но и в большую часть юридической профессуры, находящейся вне экономического направления. Поскольку вывод из работы Рональда Коуза о том, что выбор правовой нормы имеет распределительные последствия, к настоящему времени уже признан юридическим академическим сообществом в целом, и, как отмечали Каплов и Шавелл, потребовался небольшой шаг от осознания этого вывода до осознания того, что то, что большинство, очевидно, неэкономических, основанных на «справедливости» аргументов, которые ученые-правоведы выдвигают в пользу конкретного выбора правовых норм, на самом деле имеет своей целью

<sup>178</sup> См. *Duncan Kennedy*, Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 465, 472 (Peter Newman ed., 2002).

<sup>179</sup> См. *Kennedy*, supra note 15, at 30–33.

<sup>180</sup> Указ. соч.

<sup>181</sup> Указ. соч.

<sup>182</sup> Указ. соч.

<sup>183</sup> См. *Louis Kaplow & Steven Shavell*, Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 23 *J. Legal Stud.* 667, 667, 680 (1994) («Перераспределение с помощью правовых норм не дает никаких преимуществ по сравнению с перераспределением через систему подоходного налога и, как правило, менее эффективно. Наш результат аналогичен результатам оптимального налогообложения. В простых случаях специфические товарные акцизы неэффективны при наличии оптимального налога на прибыль»); *Louis Kaplow & Steven Shavell*, Should Legal Rules Favor the Poor — Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income Exchange: Should Legal Rules Be Used to Redistribute Wealth, 29 *J. Legal Stud.* 821, 821 (2000) («Система подоходного налога и трансфертов является превосходным инструментом для перераспределения доходов»). Kaplow and Shavell цитата по *Joseph E. Stiglitz*, Chapter 15 Pareto Efficient and Optimal Taxation and the New Welfare Economics, 2 *Handbook of Public Economics* 991, 40 (1987) («Если функции полезности разделяются между потреблением и досугом <... >, то все эффективные по Парето налоговые структуры не влекут за собой налогообложения товаров»). Распространение аргумента двойного искажения на «государственные программы» было ранее сделано *Aanund Hylland & Richard Zeckhauser*, Distributional Objectives Should Affect Taxes but Not Program Choice or Design, 81 *Scandinavian J. Econ.* 264, 265 (1979) («Мы отошли от обсуждения оптимального подоходного налога, сделав государственные программы основным элементом нашей модели. Для этого мы предположили, что выгоды от таких программ могут быть преобразованы в эквивалент повышенного дохода»). Кажется, это вдохновило Шавелла на развитие идей в этом направлении. См. *Steven Shavell*, A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation? 71 *Am. Econ. Rev.* 414, 414 (1981) («Несмотря на несовершенную возможность перераспределения доходов посредством налогообложения, все, конечно, предпочли бы, чтобы правовые нормы выбирались только исходя из их эффективности»). Замечу в связи с упоминанием в тексте «юристов-экономистов», что Шавелл только экономист; он не имеет юридического образования.

<sup>184</sup> См. *Kaplow & Shavell*, Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, supra note 183, at 680.

<sup>185</sup> Указ. соч.

<sup>186</sup> Указ. соч.

перераспределение богатства<sup>187</sup>. Таким образом, представители юридической науки невольно участвовали в политике перераспределения богатства посредством использования тех или иных правовых норм, более того, часто результат использования правовых инструментов с этой целью наносил больше вреда экономике, чем необходимо. Вмешательство Каплоу и Шавелла привело к парадоксальному результату: аргумент о двойном искажении, который сам по себе был предложен сторонниками левых взглядов, стал мишенью критики левых, которые теперь очерняли этот аргумент как проявление либерального центризма<sup>188</sup>. Идеи, высказанные Каплоу и Шавеллом, также породили обсуждение выдвинутого ими аргумента в юридической литературе, в которой он был нещадно подвергнут критике со всех сторон<sup>189</sup>. В результате взгляды представителей юридической науки изменились в сторону

<sup>187</sup> См. *Louis Kaplow & Steven Shavell*, *Fairness Versus Welfare* 17, 43 (2009) («В частности, мы пришли к выводу, что большинство правовых аналитиков, придающих большое значение понятиям справедливости, придерживаются смешанных нормативных взглядов. То есть они не только придают вес понятиям справедливости, но также придают вес и, возможно, значительный тому, как правовая политика влияет на благополучие людей — либо исходя из того, что они понимают как справедливость, либо на основании того, что, как им кажется, люди считают справедливым, либо потому что они считают, что судебное решение должно достигать как целей благополучия, так и справедливости); *Robert Cooter & Thomas Ulen*, *Law & Economics* 98 (6th ed. 2012) («Если транзакционные издержки равны нулю, успешные торговые переговоры могут нивелировать последствия негативных законов. В чем же разница применительно к законам? Один из ответов состоит в том, что закон влияет на распределение кооперативного продукта, который влияет на результаты коммерческих переговоров»); *R. H. Coase*, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L. & Econ.* 1, 7 (1960) («На окончательный результат не влияет, требуется ли скотоводу внести оплату в размере 3 долларов, если он прибавит к своему стаду третьего быка [что было бы, если бы скотовод был ответственен перед фермером за ущерб, причиненный урожаю], или он получит эту сумму, если не оставит третьего бычка [что было бы, если бы скотовод не отвечал перед фермером за ущерб, причиненный урожаю]»).

<sup>188</sup> См. *Kennedy*, *supra* note 178, at 468.

<sup>189</sup> См., e.g., *Richard L. Revesz*, *Regulation and Distribution*, 93 *N. Y. U. L. Rev.* 1489, 1489 (2018) («Налоговая политика плохо подходит для компенсации значительного ущерба окружающей среде, здоровью и безопасности»); *Zachary Liscow*, *Is Efficiency Biased*, 85 *U. Chi. L. Rev.* 1649, 1666 (2018) («Представлен как минимум правдоподобный случай, когда последствия распределения не будут полностью компенсированы»); *David Blankfein-Tabachnick & Kevin A. Kordana*, *Kaplow and Shavell and the Priority of Income Taxation and Transfer*, 69 *Hastings L. J.* 1, 8 (2017) («Предполагаемое Каплоу и Шавеллом преимущество в эффективности налогообложения и трансфертов рассматривается как сравнение налога и трансфертов с отдельными правилами деликта или договора, без внимания к выбору лежащих в основе механизмов собственности»); *Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams*, *The Distributive Deficit in Law and Economics*, 100 *Minn. L. Rev.* 1051, 1052–1053 (2016) («Право и экономика оторваны от реальности, необходимость учета которой является не менее фундаментальной, чем позитивные транзакционные издержки: большие и переменные издержки, связанные с политическими препятствиями, которые необходимо преодолеть для достижения максимизирующих благосостояние результатов распределения»); *Matthew Dimick*, *Should the Law Do Anything about Economic Inequality*, 26 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 1, 39–40 (2016) («[Налогообложение] может повысить общественное благосостояние за счет перераспределения доходов и сокращения неравенства в соответствии с принципом убывающей предельной полезности денег <...> [Более высокое] неравенство может [следовательно] оправдать более высокие налоги — и, следовательно, большее экономическое искажение»); *David Gamage*, *How Should Governments Promote Distributive Justice: A Framework for Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments*, 68 *Tax L. Rev.* 1, 9 (2014) («По сравнению со сбором всех поступлений за счет налога на доходы от труда <...> увеличение некоторых доходов за счет акцизных налогов может снизить стимулы налогоплательщиков к участию в налоговой оптимизации, которые применяются в целях получения искусственных или завышенных налоговых вычетов с заработной платы»); *David Gamage*, *On Double-Distortion Arguments, Distribution Policy, and the Optimal Choice of Tax Instruments*, No. ID 2489678, 7 (2014); *Zachary Liscow*, *Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency Note*, 123 *Yale L. J.* 2478, 2482 (2014) («Характеристики, отличные от дохода, часто являются желательной основой для перераспределения дохода, и правовые нормы могут быть институционально лучше приспособлены, чем налоги, или выступать единственным вариантом перераспределения на основе таких, не связанных с доходом характеристик»); *Brian Galle*, *Is Local Consumer Protection Law a Better Retributive Mechanism than the Tax System Tort Law in the Shadow of Agency Preemption*, 65 *N. Y. U. Ann. Surv. Am. L.* 525, 526 (2010) («В то время как деликтные законы о перераспределении связаны с издержками, которых нет у налогов, правительство не может эффективно удовлетворить предпочтения разнородного общества в отношении перераспределения с помощью единообразных национальных налоговых правил. Местные нормы деликтного права могут лучше учитывать широкий спектр предпочтений граждан»); *Richard S. Markovits*, *Why Kaplow and Shavell's Double-Distortion Argument Articles Are Wrong*, 13 *Geo. Mason L. Rev.* 511, 519 (2005) («Даже если [вопреки действительности] можно было бы показать, что определенная налоговая политика превосходит по Парето соответствующую корректировку от использования правовых норм, эта демонстрация не гарантировала бы большей приемлемости налоговой политики с точки зрения ценностной оценки правового регулирования»); *Ronen Avraham et al.*, *Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell*, 89 *Iowa L. Rev.* 1125, 1130 (2004) («В свете неоднородности общества и ожидаемого поведенческого приспособления индивидов теоретическая модель Каплоу и Шавелла перераспределения с помощью налогов и трансфертов в качестве альтернативы достижению этой цели посредством правоприменения уже не является простой. Наоборот, ее практически невозможно реализовать»); *Kyle Logue & Ronen Avraham*, *Redistribution Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance*, 56 *Tax L. Rev.* 157, 165 (2003) («В то время как один институт может иметь сравнительное преимущество в измерении конкретного вида рассматриваемого неравенства, другой институт может иметь сравнительное преимущество в фактическом перераспределении»); *Sanichirico*, *supra* note 166, at 800 («Это правда, что формальное моделирование Каплоу и Шавелла действительно приводит к тому, что ущерб всегда должен устанавливаться рационально. Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что этот результат на самом деле не следует из логики подсчета искажений. Скорее, это следует из неявного предположения, что все агенты идентичны в отношении деликтной системы»); *Christine Jolls*, *Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law*, 51 *Vand. L. Rev.* 1653, 1656 (1998) («Испытывает ли индивид обычно снижение желания работать в результате того, что правоприменение в области деликтов позволяет получить больший размер компенсации [по отношению к потерпевшему], чем в результате более высокого уровня налогообложения? Законы бихевиоризма и экономика предполагают, что ответ может быть отрицательным»). Автор также внес свой вклад в литературу по данному вопросу. *Woodcock*, *Making the Rich Pay More and the Poor Pay Less*, *supra* note 145.

левых идей в рамках общей господствующей тенденции усиления левизны политических движений. Теперь чуть ли не в каждой работе можно было найти рассуждения о влиянии правовых норм на перераспределение богатства, даже если таковые были ошибочны<sup>190</sup>.

Прогрессисты и юридическое академическое сообщество в целом слишком сильно впечатлились аргументом о двойном искажении, поскольку обоснование описанного выше допущения «отделимости» было весьма слабым: сокращение дохода действительно искажает решения о покупке товаров<sup>191</sup>. Но Каплоу утверждал, что двойное искажение не работает, потому что практически невозможно точно перераспределить богатство посредством вмешательства в отдельные рынки, так как трудно определить общее влияние на индивидуальный доход или богатство без учета последствий на всех рынках в результате интервенций на отдельных рынках<sup>192</sup>. Налогообложение яхт не обязательно приведет к перераспределению доходов от богатых к бедным, если производители яхт будут хорошо платить своим работникам<sup>193</sup>. Напротив, налогообложение индивидуального дохода или богатства напрямую затрагивает переменную, представляющую интерес для целей перераспределения: если вы хотите облагать налогом богатых, облагайте их налогом напрямую, а не посредством обложения конкретных товаров, которые могут быть показателем богатства, а могут и не быть таким показателем<sup>194</sup>. Вполне вероятно, что этот аргумент в подтверждение существования проблемы управляемости перераспределением станет основным наследием работы Каплоу и Шавелла.

Но данная работа не уменьшила внимание прогрессистов к проблеме перераспределения на рыночном уровне. Стабильность интереса к этому вопросу (в последние годы было опубликовано столько же статей, посвященных необходимости перераспределения с помощью норм частного права, сколько было опубликовано в конце 1990-х и начале 2000-х гг.) отражает сохраняющееся стремление прогрессистов выстроить крепкий фундамент для обоснования отсутствия политических препятствий для использования налоговых инструментов для целей достижения перераспределения богатства, в отличие от иных мер<sup>195</sup>. Действительно, на данном этапе кажется более вероятным, что эпохальные изменения, происходящие в настоящее время в американской политике, снимут политические препятствия для перераспределения богатства через подходящее налогообложение, что кажется более вероятным, чем то, что прогрессисты признают действительность проблемы управляемости перераспределением.

Всё свидетельствует о том, что идея с перераспределением на рыночном уровне не жизнеспособна и вскоре утратит свою актуальность, но еще до возможного наступления этого момента новый импульс получили идеи достижения цели перераспределения богатства посредством антимонопольного регулирования в течение последних трех лет или около того как своего рода суррогата прямого регулирования цен, использования антимонопольного законодательства для снижения цен крупных компаний и смягчения антимонопольного законодательства, чтобы позволить более гибкую ценовую политику небольшим и предположительно более бедным предприятиям<sup>196</sup>. К сожалению, современных сторонников антимонопольной политики не беспокоят такие вопросы, как: действительно ли принудительное разделение крупных фирм приведет к снижению цен, учитывая увеличение производственных затрат в результате такого дробления бизнеса, и компенсирует ли рост цен, устанавливаемых малыми предприятиями, потерю заработной платы работникам крупных фирм, которые обычно зарабатывают больше, чем работники малых предприятий. Также они не учитывают наличие проблемы управляемости перераспределением, которая проявляется в фактической невозможности отслеживания влияния всех ценовых изменений на распределение богатства<sup>197</sup>. До конца непонятно, почему прогрессисты именно сейчас остановились на идее применения антимонопольного регулирования для решения задач перераспределения.

Ответ лежит за пределами области юридической науки и заключается в затруднительном положении, в котором на современной политической арене оказался уникальный политический актор — пресса.

## В. Пресса и политики

Как правило, когда говорят, что во всем виновата пресса, это свидетельствует об ограниченности мышления тех, кто делают такие заявления. По сути это то же самое, что «казнить посланника, принесшего дурные вести» и встать на сторону авторитарной власти, которая бесконечно ругает СМИ за предвзятость<sup>198</sup>. При поиске причин

<sup>190</sup> Впрочем, в этой господствующей тенденции имеются и исключения. См., например: *Richard H. Fallon*, *Should We All Be Welfare Economists?* 101 *Mich. L. Rev.* 979, 1007 (2003) (признавая, что в том, что касается максимизации и раздела благосостояния, максимизация последнего должна быть основным направлением выбора правовых норм, а его раздел должен быть оставлен на усмотрение налоговой системы, но отвергая представление о том, что цель правовой системы, включая налоговую политику, должна состоять в максимизации и разделении пирога, в отличие от достижения справедливости в других нормативных смыслах).

<sup>191</sup> См. *Atkinson & Stiglitz*, *supra* note 144, at 69; *Atkinson*, *supra* note 145, at 601 («Каждый может представить себе, что такое даже весьма ограниченное требование разделения не всегда может быть достигнуто на практике»).

<sup>192</sup> См. *Louis Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics*, 21 (2011) («Обычно лучше всего использовать инструменты, которые наиболее непосредственно связаны с рассматриваемым вопросом»).

<sup>193</sup> Ср. *Crane*, *supra* note 20, at 1208.

<sup>194</sup> См. *Kaplow*, *supra* note 192, at 21.

<sup>195</sup> См. *supra* note 189.

<sup>196</sup> См. *Longman*, *supra* note 12.

<sup>197</sup> См. *Atkinson & Lind*, *supra* note 11, at 64–67; *Demsetz*, *supra* note 67, at 2.

<sup>198</sup> См. *Juliane A. Lischka*, *A Badge of Honor? 20 Journalism Stud.* 287 (2019).

событий и явлений в добавление к принципам «бритвы Оккама» и «бритвы Хэнлона» следовало бы добавить следующий принцип: никогда не приписывайте прессе результат, который можно объяснить любым другим способом.

Не стоит обвинять прессу во всех грехах еще и потому, что в любой стране, в которой доступ к рынку журналистики является открытым, пресса имеет тенденцию говорить в один голос только тогда, когда факты подтверждают то, что говорит пресса, и в этом случае факты, а не предвзятость корреспондента являются причиной любой катастрофы, которую хочется выяснить<sup>199</sup>. В отсутствие каких-либо неопровержимых фактов среди журналистов, как правило, нет единства, каждая газета противоречит другой и интерпретирует события по-своему, и в этом случае, даже если можно разумно приписать конкретный результат предвзятому репортажу конкретной газеты, то, безусловно, невозможно возложить ответственность за конкретный результат на всю прессу в целом по причине того, что она влияет на умы читателей<sup>200</sup>.

Продвижение американской прессой идей современного антимонополизма является исключением, потому что, возможно, впервые в Соединенных Штатах существование всей новостной индустрии находится под угрозой, и поэтому интересы всех новостных организаций совпадают в необычайной степени<sup>201</sup>. В существующей ситуации продвижение идеи важности антимонопольного законодательства крайне желательно для каждого репортера и каждого новостного агентства. В течение последних двадцати лет основная бизнес-модель прессы — привлечение аудитории яркими репортажами для продажи рекламы — была почти уничтожена технологическими гигантами, в первую очередь Google, Facebook и Amazon<sup>202</sup>. Эти компании предлагают услуги электронной коммерции, поиска и социальных сетей, которые привлекают гораздо больше внимания, чем газеты, и поэтому успешно конкурируют за рекламные бюджеты, которые когда-то текли в газеты, приводя многие газеты к банкротству и создавая национальный кризис в финансировании прессы<sup>203</sup>. Amazon также оказывает давление на прибыль книжных издателей за счет своего агрессивного развития рынка электронных книг, нанося еще один удар по классу писателей<sup>204</sup>. В ответ новостная индустрия, а каждая газета в равной степени недовольна тем, что рекламные бюджеты, на которые она рассчитывала, перенаправляются в пользу технологических гигантов, последние три года или около того ведет яростную кампанию по использованию своего самого мощного оружия — высокой профессиональной трибуны — для продвижения идей антимонопольного регулирования<sup>205</sup>. Похоже, что они лелеют надежду на то, что использование инструментов антимонопольного регулирования приведет к распаду технологических гигантов и, таким образом, к возврату потока рекламных бюджетов в прежнее русло<sup>206</sup>.

Нет исследований отношения прессы к технологическим гигантам, хотя эта область остро нуждается в изучении, и нет никаких доказательств заговора. Независимо от того, координирует ли пресса свои действия по про-

<sup>199</sup> См. *Ramsi Woodcock*, *Ruinous Competition in News, the Postal Internet, and the Three Laws of Techno-Legal Change*, SSRN Scholarly Paper (Mar. 11, 2021), <https://papers.ssrn.com/abstract=3802884> (утверждается, что объединяет идеологически разнородных читателей, — это интерес к фактам).

<sup>200</sup> См. *Wolfgang Donsbach*, *Exposure to Political Content in Newspapers: The Impact of Cognitive Dissonance on Readers' Selectivity*, 6 *Eur. J. Commc'n* 155, 173, 179 (1991).

<sup>201</sup> В последний раз возможность существования бизнес-модели всей новостной индустрии подвергалась сомнению после появления радио, когда считалось, что радиопередачи новостей переманят читателей газет. См. *Paul Starr*, *The Creation of the Media: Political Origins of Modern Communications*, 376–377 (2006). В тот момент «Американская ассоциация газетных издателей» и основные телеграфные службы, включая Associated Press, объединились и пригрозили ограничить доступ радиосетей к новостям, если они не согласятся ограничить количество новостей, которые они выпускают в эфир. Как рассказывает Пол Старр, сети согласились выпускать только два пятиминутных выпуска новостей в день, один достаточно поздно утром, а другой достаточно поздно вечером, чтобы не снижать продажи ни утренних, ни вечерних газет. Все радионовости должны были бы выходить не ранее двадцати четырех часов после возникновения соответствующих новостей, ни одно сообщение не должно было быть длиннее тридцати слов, все сообщения для радиосетей должно было представлять единое объединенное бюро телеграфных служб, а каждое сообщение заканчивалось бы словами: «Для получения более подробной информации, обратитесь в местную газету». Указ. соч. at 377. Все эти требования к радиосетям были сняты по окончании Второй мировой войны. Указ. соч. at 376–378. Но оказалось, что новостная индустрия вовсе не требует такой защиты, а радиовещание не представляет угрозы, как это казалось ранее. Новостная индустрия оставалась чрезвычайно прибыльной еще полвека, пока пару десятилетий назад Интернет не стал самостоятельным средством связи и информации. См. *Robert G. Picard*, *The Economics of the Daily Newspaper Industry*, in *Media Economics: Theory and Practice* 109, 109 (Alison Alexander et al. eds., 2003) («Газетная индустрия — самая прибыльная из всех медиаотраслей и одна из самых прибыльных из всех производственных отраслей в стране»); *Derek Thompson*, *The Collapse of Print Advertising in 1 Graph*, *The Atlantic*, <https://www.theatlantic.com/business/archive/2012/02/the-collapse-of-print-advertising-in-1-graph/253736/> (дата обращения 09.06.2021); *Fred Dews and Eric Bull*, *The Decline of Newspapers*, in *Four Charts*, Brookings (Oct. 23, 2014), <https://www.brookings.edu/blog/brookings-now/2014/10/23/the-decline-of-newspapers-in-four-charts/>.

<sup>202</sup> См. *Woodcock*, *Big Ink vs. Bigger Tech*, supra note 10.

<sup>203</sup> См. *Bull*, supra note 199; *Thompson*, supra note 199; *Michael Barthel*, *Circulation, Revenue Fall for US Newspapers Overall Despite Gains for Some*, Pew Research Center, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/06/01/circulation-and-revenue-fall-for-newspaper-industry/>; *Elizabeth Greico*, *Fast Facts about the Newspaper Industry's Financial Struggles as McClatchy Files for Bankruptcy*, Pew Research Center, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/02/14/fast-facts-about-the-newspaperindustry-financial-struggles/>; *Penelope Muse Abernathy*, *The Loss of Local News: What It Means for Communities, The Expanding News Desert*, <https://www.usnewsdeserts.com/reports/expanding-news-desert/loss-of-local-news/>.

<sup>204</sup> См. *Woodcock*, *Big Ink vs. Bigger Tech*, supra note 10.

<sup>205</sup> Указ. соч.

<sup>206</sup> Указ. соч.

паганде антимонопольного законодательства или нет, интересы всех новостных организаций и всех журналистов совпадают в достаточной мере для того, чтобы новостные организации или журналисты действовали независимо друг от друга, но в общих целях продвижения антимонопольного законодательства для борьбы с влиянием технологий на отрасль<sup>207</sup>.

Существует множество неподтвержденных свидетельств того, что пресса действительно действовала в последние годы для продвижения идей антимонопольной политики с большим успехом<sup>208</sup>. Для исследователя антимонопольного законодательства самым ярким проявлением антимонопольного подхода прессы стало принятие к публикации работы Лины Хан, ученого-специалиста по антимонопольному законодательству, еще до того, как она окончила юридический факультет<sup>209</sup>. Ни одна студенческая работа по юриспруденции, возможно, никогда не привлекала к себе такого внимания прессы, как работа Хан в 2017 и 2018 гг. Например, *New York Times* опубликовала восторженный отзыв о ее работе на всю страницу, выделила отдельную колонку, а также опубликовала две собственные статьи Хан<sup>210</sup>. Работа вряд ли привнесла что-то новое в области антимонопольного права, однако в ней явно прослеживалось обращение внимания прессы на то, что Amazon является частью более широкой технологической проблемы, разрушающей устои существования издательской индустрии<sup>211</sup>.

Данная работа не была единственной научной или околонушной работой, посвященной данной проблеме, которая привлекла повышенное внимание прессы. Например ни одна обзорная статья, к тому же написанная не академическим юристом, ранее не получала таких одобрительных отзывов, как получила статья Дины Шринивасан в 2018 и 2019 гг. в *New York Times* и в *Wall Street Journal*<sup>212</sup>. Исключительное внимание прессы к статье под названием «Антимонопольное дело против Facebook» о том, как Facebook получает доходы от рекламы, которые ранее предназначались бы издательствам, снова было очевидным<sup>213</sup>.

Как ни удивительно это может звучать, практика использования заказных статей для продвижения финансовых интересов новостной организации довольно популярна в новостной индустрии. Вот репортер *Los Angeles Times* Майкл Хилтзик вспоминает о том, как его бывший работодатель, *Buffalo Courier-Express*, пытался бороться с на-

<sup>207</sup> Это выглядит особенно правдоподобным в отношении газетных и печатных журналистов, в отличие от радиовещательных новостных агентств и репортеров, потому что газетные и печатные журналисты в первую очередь полагаются на доходы от новостей как на хлеб насущный. В отличие от этого ширококвещательные новости обычно являются дополнением к отдельному бизнесу (продаже развлечений по подписке через кабельные сети и все чаще потоковое вещание), который невосприимчив к привлекательности технических гигантов для рекламодателей. *Bloomberg News*, который является дополнением к бизнесу *Bloomberg* по продаже финансовой и торговой информации и представляет собой еще один пример новостной деятельности, которой меньше угрожает отток рекламных доходов к технологическим гигантам. Субъективное впечатление автора состоит в том, что большая часть пропаганды антимонопольной политики в современной американской журналистике исходит не от вещательных агентств и не от *Bloomberg*.

<sup>208</sup> Кампания, проводимая прессой, не осталась незамеченной другими комментаторами, хотя ее возможный источник в рамках конкурентной борьбы технологических гигантов и газет. Недоумение известного антимонопольного экономиста Карла Шапиро в связи с кампанией довольно острое: «До недавнего времени мало кто обращал внимание на то, что в Соединенных Штатах с 1980 г. наблюдается существенное и широко распространенное ограничение конкуренции. Тем не менее каким-то образом в последние два года в популярной прессе планомерно укрепляется представление о существенном и повсеместном снижении конкуренции в американской экономике. С 2015 г. в прессе регулярно звучат сообщения о возможном ограничении конкуренции в США. В октябре 2015 г. *Wall Street Journal* писал: «Все большее число отраслей в США демонстрирует сокращение общего числа компаний». Позже в том же месяце *The New York Times* заявила: «Рынки работают лучше всего, когда между предприятиями существует здоровая конкуренция. Но в настоящее время стало слишком много отраслей, в которых конкуренции просто больше не существует». Эдуардо Портер из *New York Times* связал рост неравенства со снижением конкуренции, опубликовав статью под названием: «Конкуренция в ключья, пропасть неравенства растет». *The Economist*, уважаемое издание в области экономической политики, было особенно резким и настойчивым, утверждая, что в последние годы произошло существенное снижение конкуренции. <...> *Business Week* недавно сообщил: «Концентрация рынка в США достигла максимума за последние три десятилетия, в то время как правительство открывает все меньше антимонопольных дел» [Carl Shapiro, *Antitrust in a Time of Populism*, 61 *Int'l J. Indus. Org.* 714, 717–718 (2018)].

<sup>209</sup> См. *Lina M. Khan*, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale L. J.* 710 (2017).

<sup>210</sup> См. *David Streitfeld*, *Amazon's Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea*, *N. Y. Times* (Sep. 7, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopolantitrust-lina-khan-amazon.html>; *David Leonhardt*, *Opinion | Amazon vs. Barnes & Noble*, *N. Y. Times* (May 7, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/05/07/opinion/amazon-barnesandnoble.html>; *Lina M. Khan*, *The Supreme Court Case That Could Give Tech Giants More Power*, *N. Y. Times* (Mar. 2, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/03/02/opinion/thefsupremecourt-case-that-could-give-tech-giants-more-power.html>; *Lina M. Khan*, *Amazon Bites Off Even More Monopoly Power*, *N. Y. TIMES* (Jun. 21, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/06/21/opinion/amazon-whole-foods-jeff-bezos.html>.

<sup>211</sup> См. *Woodcock*, *Big Ink vs. Bigger Tech*, supra note 10.

<sup>212</sup> См. *Dina Srinivasan*, *The Antitrust Case Against Facebook*, SSRN Scholarly Paper (Sep. 10, 2018), <https://papers.ssrn.com/abstract=3247362>; *Jeff Horwitz*, *She Argued Facebook Is a Monopoly. To Her Surprise, People Listened.*, *Wall St. J.* (Dec. 10, 2019), <https://www.wsj.com/articles/yale-law-grads-hipster-antitrust-argument-against-facebookfinds-mainstream-support-11575987274>; *Daisuke Wakabayashi*, *The Antitrust Case Against Big Tech, Shaped by Tech Industry Exiles*, *N.Y. TIMES* (Dec. 20, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/12/20/technology/antitrust-case-google-facebook.html>; *Dina Srinivasan*, *Why Privacy Is an Antitrust Issue*, *N. Y. Times* (May 28, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/05/28/opinion/privacy-antitrust-facebook.html>.

<sup>213</sup> См. *Srinivasan*, *The Antitrust Case Against Facebook*, supra note 212. Интересно, что в профиле *Wall Street Journal* указано, что *Srinivasan* консультирует по рынку цифровой рекламы материнскую компанию *Wall Street Journal News Corp.* См. *Horwitz*, supra note 212.

падками со стороны Уоррена Баффета: «Семья Коннерс, владевшая Courier-Express, организовала агрессивную кампанию, наняв Фредерика Ферта, известного юриста по антимонопольному праву из Сан-Франциско, который специализировался в области корпоративных взаимоотношений. Отдел новостей внес свою лепту, запустив серию заказных материалов о местных судьях, которые могли быть назначены для рассмотрения определенных корпоративных споров. Одна статья, касавшаяся конкретного юриста, имевшего репутацию судьи с железной волей и крепкого семьянина, имела провокационный заголовок, который я отчетливо помню: «Судья теряет твердость, когда снимает мантию»<sup>214</sup>.

Опыт Хилтзика в Courier-Express имеет поразительное сходство с нынешней кампанией в прессе, поскольку при ее проведении также используются заказные репортажи в целях усиления антимонопольного вмешательства, направленного на выдавливание с рынка конкурента, который предлагает потребителям (здесь рекламодателям; в случае Courier-Express это читатели газет) лучший продукт<sup>215</sup>. Газета Баффета предлагала воскресным читателям бесплатную доставку по воскресеньям, если они оформят подписку на полную неделю, при том, что такое предложение никак не могло способствовать тому, чтобы рекламные доходы покрыли затраты на выпуск этой исключительно воскресной газеты<sup>216</sup>. Чем опыт Хилтзика отличается от текущей кампании прессы против технических гигантов, так это тем, что в кампании против технических гигантов участвует вся пресса<sup>217</sup>.

Учитывая такое единение прессы для одной цели, кампания смогла оказать влияние если не на ученых, то на политиков, потому что для политиков поддержка всей прессы — левой и правой — имеет наибольшую ценность на выборах. В академической среде эта кампания не оказала значительного влияния на взгляды ученых, за редким исключением, и в науке по-прежнему не получает развития идея о том, что антимонопольное регулирование является необходимым<sup>218</sup>. В политических кругах ситуация обратная: как левые, так и правые политики продвигают идею развития антимонопольного законодательства вместе с идеей необходимости принятия проекта закона о приобретении статуса монополиста без вины, который был отвергнут в 1970-х гг.<sup>219</sup>

Как написал Бен Смит из The New York Times: «Сила прессы даже в наши дни делает ее грозной политической силой. Безжалостная News Corp Руперта Мёрдока, созданная в Австралии и широко ненавидимая своими более благонаправленными и прогрессивными коллегами по всему миру, уже давно ведет борьбу за возвращение доходов от технологических гигантов, и враждебность к Google просачивается на страницах The Times of London и в эфир Fox News. В то время как большая часть американских СМИ отвергает идею о том, что на своих страницах они ведут крестовый поход в поддержку бизнеса своих издателей, большинство руководителей новостных агентств в этой стране разделяют точку зрения о необходимости воздействия на технологических гигантов, видя, как они выводят рекламные бюджеты из новостного бизнеса, и распространяют дезинформацию, используя средства профессиональной журналистики. И даже несмотря на то, что на платформах технологических гигантов работают армии влиятельных лоббистов, политики по-прежнему стремятся угодить освещающей их прессе»<sup>220</sup>.

Это поразительное признание газеты, сыгравшей центральную роль в создании современного антимонополизма<sup>221</sup>.

Крупные иски, возбужденные против Google и Facebook (не случайно именно против этих двух технологических гигантов, наиболее тесно причастных к упадку газетной бизнес-индустрии, живущей за счет рекламы), являются еще одним дивидендом, выплаченным за кампанию в прессе<sup>222</sup>. То, что администрация Трампа поспешно возбудила оба этих дела до президентских выборов 2020 г. (генеральному прокурору Барру даже пришлось столкнуться с сопротивлением сотрудников антимонопольного отдела Министерства юстиции, чтобы возбудить их), предполагает, что

<sup>214</sup> *Michael Hiltzik*, Column: How Warren Buffett, Who Says the News Biz Business is "Toast", Tried to Kill My First Paper, Los Angeles Times (Jun. 4, 2019), <https://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-hiltzik-buffett-omaha-newspapers-20190604-story.html>.

<sup>215</sup> Указ. соч.

<sup>216</sup> Указ. соч.

<sup>217</sup> Указ. соч.

<sup>218</sup> См. *Woodcock*, Big Ink vs. Bigger Tech, supra note 10.

<sup>219</sup> См., е. г., Anti-Monopoly and Competition Restoration Act of \_\_\_ § 6(b)(4)(D) («В соответствии с настоящим разделом предполагаемым злоупотреблением рыночной властью считается совершение или попытка совершения лицом, обладающим рыночной властью, следующих действий: лицо выступает одновременно как платформой, так и продавцом, который конкурирует со сторонними продавцами»). [https://www.hausfeld.com/uploads/documents/2019\\_12\\_02\\_warren\\_draft\\_antitrust\\_bill.pdf](https://www.hausfeld.com/uploads/documents/2019_12_02_warren_draft_antitrust_bill.pdf); Trust-Busting for the Twenty-First Century Act § 3(c)(2) (prohibiting acquisitions by any firm with a market capitalization in excess of \$100 billion), <https://www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2021-04/The%20Trust-Busting%20for%20the%20Twenty-First%20Century%20Act.pdf>; Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary of the United States House of Representatives, Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations 20 (2020) (призыв к «структурному отделению и запрету определенных доминирующих платформ работать в смежных направлениях бизнеса»); *Shira Ovide*, How Klobuchar and Hawley See Things When It Comes to Technology, N. Y. Times (May 13, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/05/13/books/amy-klobuchar-antitrust-josh-hawley-tyrannybig-tech.html>.

<sup>220</sup> *Ben Smith*, Big Tech Has Crushed the News Business. That's About to Change. N. Y. Times (May 11, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/10/business/media/big-tech-has-crushed-the-news-business-thats-about-to-change.html>.

<sup>221</sup> См. *Woodcock*, Big Ink vs. Bigger Tech, supra note 10.

<sup>222</sup> См. *Complaint*, United States v. Google LLC, No. 1:20-cv-03010 (D.D.C. 2020); *Complaint for Injunctive and other Relief*, FTC v. Facebook, Inc., No. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2021).

прессе, изображая Google и Facebook монополиями в громких статьях, удалось убедить администрацию Трампа в том, что лозунг развития антимонопольного регулирования привлечет избирателей на выборах, несмотря на тот факт, что опросы неоднократно показывали, что, как бы сильно пресса ни нападала на технологических гигантов, общественность продолжает обожать эти компании, которые произвели революцию в жизни американцев<sup>223</sup>.

Хотя некоторые из сторонников антимонопольного регулирования, которых поддерживает пресса, горячо верят в то, что антимонопольные меры являются эффективным решением проблемы неравенства, самой прессе может быть все равно, будут ли в реальности достигнуты в результате применения этих мер ожидаемые цели<sup>224</sup>. Действительно, отношение к антимонополизму как идеологии или системе взглядов не помогает прессе, за исключением того, что служит стимулированию создания коалиции, которая поможет прессе, разгромив технологических гигантов. Именно наличие этого необычайно мощного института, продвигающего идеи антимонопольного регулирования, а не какой-либо новый теоретический прорыв в области антимонопольного права, обосновывающий его пригодность для устранения неравенства, способствовало быстрому расширению антимонопольной политики за последние несколько лет.

## С. Антиэтатизм

Современный американский антимонополизм — это в конечном счете специфически американский феномен, отражающий идеи антиэтатизма, пронизывающего американскую политическую культуру среди представителей как левых, так и правых взглядов<sup>225</sup>. Маловероятно, что антимонопольное регулирование было бы таким привлекательным для левых, если бы в 1970-х гг. не случился глубоко антигосударственный налоговый протест правых, который продолжался и после этого, заставив прогрессистов отказаться (возможно, не совсем добровольно, учитывая их собственные антигосударственные взгляды) от идеи перераспределения богатства через систему подоходного налога и искать иные альтернативные решения, включая в итоге антимонопольное законодательство<sup>226</sup>. Антиэтатизм также, несомненно, сыграл свою роль в риторике прогрессистов против использования налогов и трансфертов в целях перераспределения в пользу борьбы с неравенством посредством частноправовых инструментов, которые позволили бы беднякам самостоятельно определять стратегию борьбы за перераспределение богатства<sup>227</sup>. Идеи антиэтатизма также можно обнаружить в тех же публикациях прессы, в которых они призывают к проведению жесткой антимонопольной политики, противопоставляя их прямому государственному субсидированию СМИ, характерному для многих других западных демократий, в целях решения кризиса финансирования СМИ, причиной которого стало появление на рынке технологических гигантов<sup>228</sup>. Обращение прессы к антимонопольному законодательству, по общему признанию, также является своего рода обращением к государству, поскольку она призывает суды повлиять на реформирование рынков и потому, что именно правительство возбуждает антимонопольные иски против Google и Facebook, а не сама пресса. Как конкурент, проигравший по технологическим причинам, пресса никогда не сможет выиграть антимонопольное дело против этих компаний<sup>229</sup>. Но обращение прессы к антимонопольному законодательству — это призыв разгромить компании-гиганты и, таким образом, принести на рынок большую анархию, которую, как надеется пресса, она сможет использовать в своих интересах, а не истинная попытка получить от правительства помощь в стабилизации издательского рынка. Действительно, политика антимонопольного регулирования представляет собой своего рода золотую середину между чистым антиэтатизмом, которого придерживаются прогрессисты в своей попытке разрешить проблему перераспределения посредством использования инструментов частного права, таких как собственность, деликт и договор, и чистым этатизмом, использующим механизмы налогообложения и трансфертов<sup>230</sup>.

Учитывая, что такое развитие антимонопольного регулирования и роста его популярности имеет черты, присущие исключительно американскому общественному устройству, другим юрисдикциям следует с осторожностью относиться к антимонопольному законодательству как к панацее. Интерес к перераспределению с помощью антимонопольных мер в Америке возник только потому, что американский антиэтатизм способствовал исключению из политической

<sup>223</sup> См. *Katie Bender & Cecilia Kang*, Justice Dept. Plans to File Antitrust Charges Against Google in Coming Weeks, N. Y. Times (Sep. 3, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/09/03/us/politics/google-antitrust-justice-department.html>; *Casey Newton*, This is How Much Americans Trust Facebook, Google, Apple, and Other Big Tech Companies, The Verge, <https://www.theverge.com/2020/3/2/21144680/vergetech-survey-2020-trust-privacy-security-facebook-amazon-google-apple> (дата обращения 18.05.2021).

<sup>224</sup> См. *Longman*, supra note 12.

<sup>225</sup> См. *David a Moss*, When All Else Fails: Government as the Ultimate Risk Manager 317 (2004) («Не может быть никаких сомнений в том, что американцы традиционно разделяют глубокие антиэтатистские настроения»).

<sup>226</sup> См. *Martin*, supra note 9, at 2–15; *Brownlee*, supra note 9, at 182–183.

<sup>227</sup> См. *Kennedy*, supra note 15, at 30–33.

<sup>228</sup> См. *Woodcock*, Big Ink vs. Bigger Tech, supra note 8; Rasmus Kleis Nielsen, Frozen Media Subsidies during a Time of Media Change: A Comparative Analysis of Media Policy Drift in Six Western Democracies, 10 *Global Media and Communication* 121, 125–130 (2014).

<sup>229</sup> См. *Herbert Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 406 (6th ed. 2020); *Ramsi A. Woodcock*, The Obsolescence of Advertising in the Information Age, 127 *Yale L. J.* 2270, 2309–2314 (2018).

<sup>230</sup> См. выше раздел III.A.

повестки возможности применения иных инструментов, таких как налоги и трансферты, которые, по мнению первых американских прогрессистов и Пикетти, являются единственным способом решения проблемы неравенства. Однако во многих других юрисдикциях использование налоговых мер и трансфертов политически осуществимо, и, поскольку они более эффективны в борьбе с неравенством, их и следует применять в первую очередь<sup>231</sup>. Широкое распространение антимонопольной риторики в американской прессе, обилие дел против Google и Facebook и любые новые антимонопольные законы, которые могут быть приняты впоследствии, не следует рассматривать как выражение консенсуса новой американской интеллектуальной элиты в отношении того, что антимонопольное законодательство является эффективным инструментом в борьбе против неравенства, а скорее как выражение попытки издательской отрасли, обладающей огромным общественным влиянием и ресурсами, найти решение финансового кризиса на информационном рынке, который большинство других стран решило бы с помощью мер государственной поддержки.

#### IV. АНТИМОНОПОСНИЗМ И ТРУД

Современная теория антимонополизма рассматривает не только проблемы монополии, то есть власти продавца, используемой для повышения цен, взимаемых с потребителей, но и проблемы монополии, которая представляет собой власть покупателей, используемую для снижения цен, уплачиваемых продавцам ресурсов<sup>232</sup>. Действительно, идеи необходимости защиты уязвимых продавцов, под которыми подразумеваются рабочие, продающие свой труд, и мелких поставщиков от покупателей-монополистов, пожалуй, вызвали больший интерес и поддержку со стороны научных кругов, нежели любой другой вопрос антимонопольного регулирования. Некоторые авторы показали, что работодатели имеют определенное влияние на рынке труда, которое позволяет устанавливать более низкую заработную плату<sup>233</sup>. Другие утверждали, что, хотя действующие антимонопольные правила, ограничивающие приобретение и сохранение власти продавца, в равной степени применимы к власти покупателя, терминология антимонопольного законодательства стала препятствием для применения этих правил против власти покупателя<sup>234</sup>. Последние выступали за переименование антимонопольного стандарта «благополучия потребителей» в стандарт благополучия «торговых партнеров» или его вариант, чтобы подчеркнуть, что антимонопольные органы считают ущерб, причиненный работникам или мелким поставщикам монополистическими покупателями, равнозначным вреду, причиняемому потребителям монополистами-продавцами<sup>235</sup>. И некоторые указывали, что необходимо рассматривать вред, причиняемый монополистами, особенно вред, причиняемый работникам, как более значимый, чем вред потребителям, так что в случаях, когда разделение монополиста нанесет ущерб покупателям, но принесет пользу работникам, антимонопольное законодательство должно вставать на защиту последних<sup>236</sup>.

Хотя специалисты, считающие, что необходимо бороться с монополиями, заинтересованы в защите всех мелких продавцов, включая как рабочих, так и мелких поставщиков, до сих пор основное внимание они уделяли в первую очередь работникам, понимаемым в широком смысле и включающим как тех, кто считается наемным работником с юридической точки зрения, так и тех, кто фактически может быть квалифицирован как наемный работник, независимый подрядчик и мелких поставщиков, которые могли бы с формальной точки зрения также быть отнесены к категории наемных работников при определенных условиях<sup>237</sup>. Борцов с монополией в первую очередь интересуют работник сортировочного цеха Amazon, водитель Uber и церковный органист, хотя они не стали бы сознательно исключать из сферы своего внимания местный механический цех, изготавливающий крошечные винтики для сборочного цеха Apple<sup>238</sup>. Такое пристальное внимание противников монополизма к интересам работников обусловлено опасениями по поводу имущественного неравенства, основное бремя которого ложится именно на рабочих, которые в своей общей массе как правило более бедны, чем потребители в целом, на защиту интересов которых направлено антимонопольное регулирование. Борьба с монополией направлена непосредственно на увеличение доходов граждан, тогда как антимонопольное регулирование стремится только к удешевлению продуктов для всех, в том числе и для праздных богачей, состоятельных граждан. Но как антимонопольное законодательство, так и меры против монополий, по крайней мере применительно к труду, в конечном счете являются неэффективным методом борьбы с имущественным неравенством, поскольку их конечная цель — конкуренция — опять-таки не приводит к решению проблемы распределения ренты от ситуации дефицита.

<sup>231</sup> См. выше раздел II.

<sup>232</sup> См., е. г., *Debbie Feinstein & Albert Teng*, Buyer Power: Is Monopsony the New Monopoly? <https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2019/04/buyer-power-is-monopsony-the-newmonopoly.pdf>.

<sup>233</sup> См. *Alan Manning*, Monopsony in Labor Markets: A Review, 74 ILR Rev. 3, 6 (2021).

<sup>234</sup> См. *C. Scott Hemphill & Nancy L. Rose*, Mergers that Harm Sellers, 127 Yale L. J. 2090–2092 (2018).

<sup>235</sup> Указ. соч.

<sup>236</sup> См. *Eugene K. Kim*, Labor's Antitrust Problem: A Case for Worker Welfare Note, 130 Yale L. J. 428, 447 (2020) («Компания не может оправдывать слияние только потому, что оно снижает затраты на рабочую силу, создавая монополистическую власть»).

<sup>237</sup> См. *Longman*, supra note 12 (приводит в качестве примеров «малых предприятий», которые антимонопольное законодательство должно защищать, инструкторов по фигурному катанию, заводчиков животных, учителей музыки, государственных защитников, врачей, стоматологов, помощников по дому, водителей грузовиков и водителей Uber).

<sup>238</sup> Указ. соч.

Та же самая рента от ситуации дефицита, которую компании получают на конкурентных рынках сбыта благодаря своему контролю над ограниченными ресурсами, проявляется на тех же рынках в форме спроса компаний на труд и другие производственные ресурсы. Компания, получающая ренту от ситуации дефицита при продаже какого-либо продукта на конкурентном товарном рынке, поскольку она владеет уникальной технологией, которую не может воспроизвести ни один конкурент, естественно, имеет больше финансов, доступных для найма рабочих и закупки ресурсов у поставщиков, и, таким образом, эта компания будет иметь возможность платить большую заработную плату и, следовательно, иметь более высокий спрос на рабочих и материалы. Действительно, дефицит и различные условия, в которых в результате находятся компании на рынках сбыта, являются причинами, по которым спрос на труд и другие ресурсы может быть изображен как падающий (рис. 13).

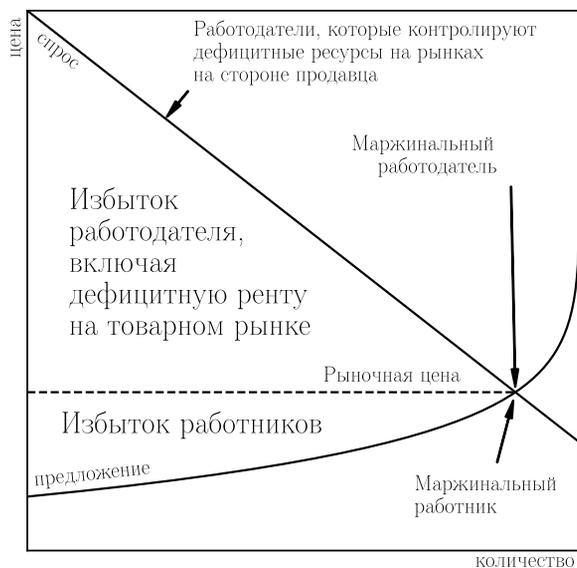


Рисунок 13

Компании, которые контролируют дефицитные ресурсы и получают ренту от ситуации дефицита на рынках сбыта, занимают самые высокие показатели линии спроса на этом рисунке. Избыток, который они генерируют на рынках со стороны покупателя, равный площади на рисунке выше линии рыночной цены и ниже линии спроса, частично является мерой измерения ренты, которую они генерируют на рынках со стороны продавца.

Это говорит о том, что регуляторные органы должны иметь возможность столь же эффективно бороться с неравенством, перераспределяя избытки покупателей на соответствующих рынках, включая рынки труда, как и путем перераспределения ренты продавцов на товарных рынках. Владельца дефицитных ресурсов можно заставить платить, либо облагая его налогом, когда он продает свой продукт с высокой наценкой на конкурентных рынках, либо когда он покупает свои товары и рабочую силу по ценам, намного ниже максимальной, которую он готов платить с учетом этой наценки. Более того, меры, применяемые против монополий, могут использоваться для перераспределения ренты от ситуации дефицита, получаемой компанией, поскольку важной характеристикой монополии является то, что она увеличивает прибыль покупателя, позволяя покупателю диктовать инфраконкурентные цены — цены ниже тех, которые преобладали бы на конкурентном рынке. Поскольку рента, получаемая компанией на рынках сбыта уменьшается на понесенные компанией издержки, а издержки компании сокращаются, когда она использует монополическую власть для снижения цен, которые она платит на рынках предложения, из этого следует, что воздействие на монополическую власть и обратное повышение этих цен предложения до конкурентного уровня позволит работникам и другим мелким поставщикам получать часть ренты от ситуации дефицита в виде, например, заработной платы, что равносильно перераспределению ренты от ситуации дефицита. Описанная ситуация резко отличается от результатов применения антимонопольных мер, которые, как мы видели, не могут воздействовать на ренту от ситуации дефицита на рынках сбыта, поскольку по определению антимонопольные инструменты влияют только на ренту, порождаемую сверхконкурентным ценообразованием на этих рынках, а не на ренту от ситуации дефицита, сохраняющуюся даже в условиях конкурентного ценообразования<sup>239</sup>.

<sup>239</sup> См. выше раздел II.B.1.b.

Но сможет ли борьба с монополией привести к полному перераспределению ренты, возникающей в ситуации дефицита, зависит от того, сможет ли такая борьба привести к распределению между рабочими и мелкими поставщиками большей части этой дефицитной ренты. В данном вопросе меры, направленные против монополии, показывают неудовлетворительный результат. Самое большее, чего можно достигнуть с помощью антимонопольного регулирования, — это поднять цены с инфраконкурентного уровня, до которого их опустила власть монополии, до более высокого уровня, совместимого с конкурентными рынками. Но так же, как мы видели в случае с рынками продавцов, приведет ли конкурентное ценообразование к перераспределению большей части богатства или лишь небольшой его части, зависит от отношений между инфрамаргинальными продавцами и предельным продавцом<sup>240</sup>. Если продавцы (в этом контексте на стороне покупателя они являются работниками или мелкими поставщиками) сильно различаются по качеству продуктов и услуг, которые они предоставляют, или если некоторые из них могут предоставлять эти продукты или услуги по гораздо более низкой цене, чем другие, то конкурентоспособная цена, установленная предельным продавцом, будет значительно выше затрат инфрамаргинальных продавцов и оставит у них значительную долю избытков<sup>241</sup>. Поскольку этот избыток на рынках покупателей в конечном счете можно проследить до дефицитной ренты на рынках продавцов, конкурентная цена, таким образом, будет приводить к перераспределению среди продавцов (рабочих и мелких поставщиков) большей доли дефицитной ренты. Если, напротив, продавцы не сильно дифференцированы, то есть рабочие, как правило, не обладают уникальными талантами или навыками, а мелкие поставщики не продают дифференцированные продукты или не имеют существенных преимуществ в издержках по сравнению друг с другом, то разница между издержками маргинальных продавцов и инфрамаргинальных продавцов будет незначительной. Таким образом, конкурентная цена оставит продавцам небольшую долю избытка и, следовательно, они получат в результате перераспределения небольшую долю ренты от ситуации дефицита, получаемой компаниями на конкурентных рынках.

Проблема современного антимонопсонизма применительно к труду заключается в том, что работники не сильно дифференцированы. Рабочих мест не хватает. Знаменитости и высококвалифицированные сотрудники занимают очень маленькую долю на рынке труда, большая часть работы может выполняться большинством людей после небольшого обучения<sup>242</sup>. И большинство рабочих имеют примерно одинаковые основные потребности — требования в части условий труда, размера оплаты, необходимой для удовлетворения их бытовых нужд<sup>243</sup>. Из этого следует, что, не считая знаменитостей и высококвалифицированных сотрудников, ни один работник не может присвоить значительную долю избытка в случае, когда заработная плата устанавливается по конкурентоспособным ценам. Предельный рабочий совсем ненамного выполняет свою работу лучше, чем обычный работник, или его требования совсем ненамного выше, чем требования инфрамаргинального рабочего в части вознаграждения за труд, и, таким образом, цена, необходимая для выхода предельного рабочего на рынок, ненамного выше, чем цена, необходимая для выхода на рынок любого другого работника. В результате рабочие, в отличие от своих работодателей, торгующих на товарных рынках, едва ли могут получать прибыль в условиях конкуренции, и поэтому политика, проводимая против монополий, направленная на обеспечение конкурентоспособной ставки заработной платы для рабочих, не приведет к желаемым результатам в части борьбы с неравенством<sup>244</sup>. В контексте нашего обсуждения мы можем сравнить рис. 4, который отражает ситуацию на товарных рынках, с рис. 13, который демонстрирует положение на рынке продажи труда. При этом ситуация отличается от той, что отражена на рис. 5, на котором изображены рынки, на которых продавцы получают огромную ренту от ситуации дефицита, потому что они контролируют ограниченные природные ресурсы или технологии.

<sup>240</sup> См. выше раздел II.B.1.a.

<sup>241</sup> См. выше раздел II.B.1.a.

<sup>242</sup> См. *Elka Torpey and Audrey Watson*, Education Level and Jobs: Opportunities by State : Career Outlook: U.S. Bureau of Labor Statistics, <https://www.bls.gov/careeroutlook/2014/article/education-level-and-jobs.htm> (дата обращения 14.11.2021) (сообщает, что только 5% рабочих мест требуют обладания ученой степенью).

<sup>243</sup> Мы думаем, что у нас есть большие потребности, такие как возможность купить компьютер или телевизор, только потому, что наш доход, несмотря на то, что он невелик по сравнению с прибылью, получаемой работодателями, но достаточен, чтобы позволить большинству из нас приобрести себе эти вещи, и поэтому мы планируем их приобретение. Но если бы заработная плата упала и мы бы не могли позволить себе приобретение таких вещей, то по-прежнему работали бы, чтобы зарабатывать на еду, и, таким образом, эти вещи не являются строго необходимыми, чтобы стимулировать нас работать, что является определением затрат в экономическом смысле. См. *Woodcock*, The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance, *supra* note 43, at 1414. Напротив, мы не согласились бы на работу, на которой нам не платят достаточно, чтобы нам хватало на еду, потому что нам лучше голодать на досуге, чем голодать на работе.

<sup>244</sup> По оценкам сторонников необходимости принятия мер против установления монополии, в частности, монополия работодателя снижает заработную плату на целых 20%. См. *José Azar et al.*, Labor Market Concentration, J. Human Resources, 1218 (2020). Даже если предположить наилучший вариант, когда возврат к конкурентоспособной заработной плате увеличит в долгосрочной перспективе долю богатства, контролируруемую беднейшими 90% американцев, на 20%, полностью за счет самого богатого 1%, то эти 90% станут контролировать лишь 30% богатства, а самый богатый 1% населения будет по-прежнему контролировать 35% национального богатства. См. *The Distribution of Wealth in the United States and Implications for a Net Worth Tax, Equitable Growth* (Mar. 21, 2019). <http://www.equitablegrowth.org/the-distribution-of-wealth-in-the-united-states-and-implications-for-a-net-worth-tax/> (сообщает, что 90% населения контролируют четверть национального богатства, а 1% контролирует 40% национального богатства).

Учитывая эту реальность, неудивительно, что самое громкое на сегодняшний день антимонопольное дело было возбуждено звездами смешанных единоборств против их промоутерской компании<sup>245</sup>. Прибыль, которой монополия лишает рядовых рабочих, хотя и слишком мала, чтобы изменить ситуацию с неравенством, но тем не менее достаточно значительна, чтобы иметь возможность финансировать крупные коллективные иски<sup>246</sup>. Но вполне логично, что первые судебные иски о применении мер против монополий будут поданы явно не рядовыми работниками, потому что высокооплачиваемых публичных персон (и высококвалифицированных работников) недостаточно много для того, чтобы генерировать существенную ренту от ситуации дефицита на рынке труда, и поэтому они могут получить наибольшую выгоду от применения мер против монополии. В самом деле, звезды и высококвалифицированные работники занимают положение, близкое к положению владельцев бизнеса, по сравнению с положением ординарного рабочего, в связи с тем, что таких работников крайне мало на рынке труда, это позволяет им получать львиную долю избытков на рынках, на которых они конкурируют, и, таким образом, они представляют класс богатых в структуре неравенства<sup>247</sup>. Выходит, что применение мер против монополии в этом случае работает на то, чтобы эти уникальные рабочие сохраняли свое привилегированное положение в части получения дохода на рынке труда. Парадоксальность результата борьбы с монополией заключается в том, что в результате рассмотренной выше ситуации звезды смешанных единоборств стали еще богаче, а неравенство только усилилось<sup>248</sup>.

Важным следствием того факта, что ординарные рабочие не составляют дефицитный ресурс на рынке труда, является то, что, если оставить в стороне налогово-трансфертное регулирование и ценовое регулирование, только наделение монопольной властью таких рабочих и монопольное установление заработной платы могут существенно уменьшить неравенство в этой среде и действительно привести к перераспределению ренты от ситуации дефицита среди них. Это резко контрастирует с ситуацией на товарных рынках, которую мы рассматривали ранее, когда нехватка продавцов означала, что монопольная власть и монопольное ценообразование не оказывали существенного влияния на распределение избытка<sup>249</sup>. Поскольку избытки, которые создают ситуацию неравенства, получают покупатели (то есть работодатели), а не продавцы (то есть рабочие), монопольное ценообразование позволяет небогатым, которыми в данном случае являются продавцы (рабочие), установить ту цену и получить тот избыток, который при конкурентном ценообразовании получили бы покупатели (работодатели). В такой ситуации прогрессисты, радеющие за борьбу с неравенством, должны были бы тосковать по миру, изображенному на рис. 14, где показано, как рабочие зарабатывают большие монопольные ренты, взимая с работодателей монопольную заработную плату.

Рабочие имеют возможность устанавливать монопольную заработную плату, объединяясь в профсоюзы, поэтому тот факт, что только монопольное ценообразование может уменьшить неравенство на рынках труда, имеет важное значение, заключающееся в том, что только объединение в профсоюзы, а не борьба с монополиями может привести к реальным результатам в рамках борьбы с имущественным неравенством. Меры против монополии на рынке труда в виде принудительного разделения крупных работодателей с целью содействия установлению конкурентных цен на заработную плату, напротив, представляют собой проявление умеренного подхода к неравенству, потому что не позволяют достигнуть каких бы то ни было результатов, которых нельзя было бы достигнуть силами профсоюзов, но при этом приводит к ограничению выгоды, которую могли бы получить работники на рынке труда с конкурентным ценообразованием заработной платы. Объединение в профсоюзы может принести работникам

<sup>245</sup> См. *Kevin Draper*, *Fighters Win Key Ruling in Case That Could Upend U.F.C.'s Business*, N. Y. Times (Dec. 10, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/12/10/sports/ufc-lawsuit.html>; *Kajan Johnson*, et al. v. *Zuffa, LLC*, et al., No. 2:21-cv-01189 (D. Nev.); *Cung Le*, et al. v. *Zuffa, LLC d/b/a Ultimate Fighting Championship and UFC*, No. 2:15-cv-01045-RFB-BNW (D. Nev.).

<sup>246</sup> Если бы, например, суд пришел к выводу, что Amazon монополизировала рынки труда и что почасовая заработная плата должна быть на 20% выше, если бы не монополическая власть Amazon, тогда, если бы все 950 000 сотрудников Amazon работали по часовой ставке и учитывая, что Amazon платит минимальную заработную плату в размере 15 долларов в час, убытки, понесенные рабочими за каждый отработанный час, составят не менее 28,5 млн долларов, и истцы могут возместить в три раза больше в соответствии с правилом взыскания тройного размера ущерба в соответствии с антимонопольным законодательством, что в сумме составит 85,5 млн долларов за отработанный час. См. *Azar* et al., supra note 242, at 1218 (утверждает, что трудовая монополия снижает заработную плату на 20%); 1 in every 169 U. S. Workers is Now Employed by Amazon, NBC News, <https://www.nbcnews.com/business/business-news/amazon-now-employs-almost-1-million-people-u-s-or-n1275539>; Why Amazon Is Flooding the Country With \$15 Minimum Wage Ads, Vice, <https://www.vice.com/en/article/y3gj87/why-amazon-is-flooding-the-country-with-dollar15-minimum-wage-ads>. A lawsuit based on monopsonization over the course of a single 40-hour week of labor by the full company would, then, give rise to damages of \$3.42 billion, far more than enough to bankroll a vigorous class action lawsuit.

<sup>247</sup> См. *Jonathan Rothwell*, *Make Elites Compete: Why the 1% Earn so Much and What to Do about It*, Brookings (Mar. 25, 2016), <https://www.brookings.edu/research/make-elites-compete-why-the-1-earn-so-much-and-what-to-do-about-it/> (со ссылкой на данные, показывающие, что в 1% граждан с наиболее высокими доходами входят представители профессий, требующих высшего образования, такие как медицина, юриспруденция и бухгалтерский учет).

<sup>248</sup> Двенадцать сотен долларов по делу утверждают, что в период с 2010 по 2017 г. монополизация ответчиком их рынка труда обошлась в 1,6 млрд долларов реального ущерба. См. *Draper*, supra note 243 выше. В среднем это составляет 190 000 долларов в год на каждого. Поскольку они утверждают, что этот убыток составляет 40% от того, что они должны были заработать за этот период, устранение монополии на этом рынке дало бы истцам среднюю годовую заработную плату в размере 476 000 долларов США, что намного выше порога в 357 552 доллара США дохода, получаемого 1% наиболее обеспеченных граждан США в 2021 г. См. указ. соч.; *Who Are the Top One Percent by Income or Net Worth in 2021?* DQYDJ (Sep. 30, 2021), <https://dqydj.com/topone-percent-united-states/>.

<sup>249</sup> См. выше раздел II.B.1.b.

те же выгоды, что и применение мер борьбы с монополией работодателей, потому что профсоюз, участвующий в двусторонних переговорах с монополистическим работодателем, обязательно договаривается о заработной плате, соответствующей конкурентоспособному уровню, ведя переговоры о ее повышении до еще более высокого монополистического уровня. Таким образом, объединение в профсоюзы уже позволяет в полной мере решить проблему монополистического ценообразования, а введение мер борьбы с монополией в качестве самостоятельных послужит только ограничению пределов возможности получения рабочими монопольного дохода по сравнению с конкурентным размером заработной платы. Прогрессисты сто лет назад уже понимали, что объединение в профсоюзы, а не противодействие монополии работодателей несет в себе наибольшие выгоды для рабочих, поэтому вместо того, чтобы бороться за применение антимонопольного законодательства против работодателей, прогрессисты того периода боролись за то, чтобы не допустить применение антимонопольных законов к деятельности профсоюзов<sup>250</sup>.

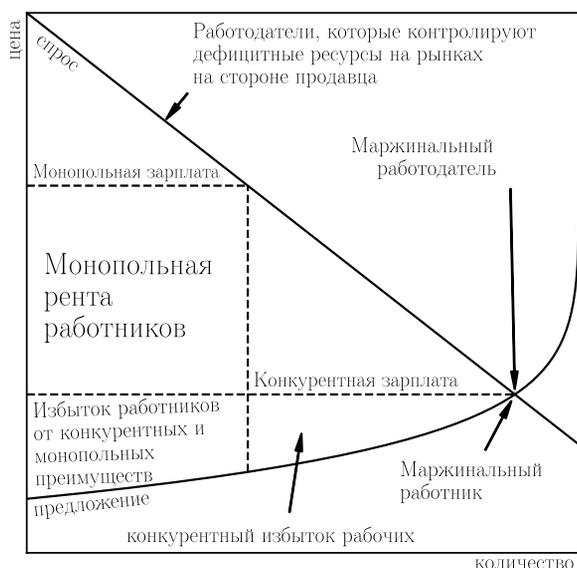


Рисунок 14

С учетом таких средних результатов воздействия на неравенство мер борьбы с монополией возникает вопрос: почему же им такое пристальное внимание уделяли прогрессисты в рамках антимонопольной политики? Ограничение монополии — это, конечно, еще один альтернативный вариант возможных мер, позволяющих избежать применения налоговых и трансфертных инструментов, поскольку проблему неравенства в отношении работников можно было бы решить с помощью агрессивного режима налогообложения и трансфертов, даже если бы заработная плата работников оставалась на монополистическом уровне<sup>251</sup>. Таким образом, интерес прогрессистов к ограничению монополии, вероятно, вызван разочарованием прогрессистов в связи с невозможностью применения мер налогообложения для достижения целей перераспределения. Прогрессисты, по-видимому, проявили повышенный интерес к борьбе с монополией в связи с тем, что это еще один из альтернативных вариантов борьбы с неравенством в ситуации политического кризиса профсоюзного движения, которое пришло в серьезный упадок примерно в то же время, когда применение ставок подоходного налога для целей перераспределения богатства стало невозможным в связи с политической ситуацией<sup>252</sup>. Прогрессисты не смогли изменить судьбу рабочих с помощью принятия новых законов, упрощающих объединение в профсоюзы, и лучшее регулирование цен (минимальную заработную плату) оказалось трудно обеспечить<sup>253</sup>. Таким образом, прогрессисты стремились использовать внимание прессы к антимонопольному регулированию, переосмыслив проблему труда как проблему сильных работодателей, а не слабых рабочих, и тем самым привели к существенному укреплению идеи необходимости ограничения монополистической

<sup>250</sup> См. *Daniel R. Ernst*, The Labor Exemption, 1908-1914 Symposium: The Sherman Act's First Century: A Historical Perspective, 74 IOWA L. REV. 1151, 1162–72 (1988–1989).

<sup>251</sup> См. выше раздел III.A.

<sup>252</sup> См. *Danielle Kurtzleben*, The Decline of American Unions, in 7 Charts, VOX, <https://www.vox.com/2014/9/1/6078697/decline-of-unions-united-states-worldwide-oecd> (дата обращения 14.11.2021).

<sup>253</sup> См. *Kate Andrias*, Text, Labor Law Reform Is Essential, Boston Review, <https://bostonreview.net/forum/why-labor-movement-has-failed%E2%80%94and-how-fixit/kate-andrias-labor-law-reform-essential> (дата обращения 14.11.2021); *Evan Soltas*, Everything You Need to Know about the Minimum Wage, VOX, <https://www.vox.com/2014/5/21/18079894/minimum-wage-explained> (дата обращения 14.11.2021).

власти работодателей в рамках общей системы мер антимонопольного регулирования. Представители умеренных политических взглядов были только рады появлению таких взглядов и возможности присоединиться к ним, что объясняет, почему в академической среде идеи борьбы с монополией нашли большую поддержку, чем вопросы антимонопольного регулирования в целом<sup>254</sup>.

## V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Возобновление интереса к антимонопольному законодательству и проблеме неравенства в рамках именно американского варианта антиэтатизма предполагает, что правительствам других государств, рассматривающим возможность использования антимонопольного законодательства для решения проблемы неравенства в своих странах, не следует бездумно повторять американский опыт. Как и первые американские прогрессисты, известные юристы и экономисты, а также Тома Пикетти, кажется, согласны с тем, что меры налогового регулирования остаются наиболее эффективным инструментом перераспределения богатства. Любой юрисдикции, в которой налоговая реформа остается политически реализуемой, в первую очередь следует провести именно налоговую реформу. Более того, антимонопольное законодательство не является даже вторым или третьим по счету лучшим решением. Поскольку направленность антимонопольного законодательства на ликвидацию только монополярной ренты (и это только за счет ограниченных возможностей стимулирования конкуренции<sup>255</sup>) не позволяет с его помощью влиять на распределение ренты от ситуации дефицита, которая является основным источником неравенства<sup>256</sup>.

Другие альтернативы, такие как реформа частного права в отношении собственности, договоров и деликта, первоначально поддержанная прогрессистами в целях обхода инструментов налогового регулирования, на самом деле были бы более эффективными в борьбе с неравенством<sup>257</sup>. В отличие от антимонопольного законодательства нормы частного права могут влиять на перераспределение ренты от ситуации дефицита, поскольку они определяют переговорную силу сторон на самом базовом уровне. Кроме того, в отличие от антимонопольного законодательства, нормы частного права продолжают применяться и после достижения желаемого результата, в данном случае после достижения установления конкурентоспособной цены. Ограничения, установленные для лиц, допускающих злоупотребления, могут позволить тем потребителям, кто зарабатывает меньше медианного дохода, получать товары (их стоимость) у продавцов, не платя за них, и это, в свою очередь, может снизить эффективную цену за единицу товара, взимаемую продавцами после учета присвоенных такими покупателями единиц товара по конкурентной цене, установленной на рынке, таким образом перераспределяя часть ренты от ситуации дефицита, получаемой этими продавцами, к потребителям. Антимонопольное законодательство не может добиться того же результата, потому что его возможности заканчиваются установлением конкурентоспособного ценообразования. Конечно, перераспределение с использованием инструментов частного права весьма несовершенно по сравнению с налогообложением. Если действия лиц, допускающих злоупотребления на рынке, приводят к тому, что другие продавцы несут существенные убытки, то фактически они вытесняют продавца с рынка, а попытки регулировать эти действия, просто сводятся к регулированию тарифов, а затем и к установлению определенных налогов. Но интерес к антимонопольному регулированию в современной Америке как к механизму перераспределения является весьма специфичным, о чем говорит тот факт, что антимонопольное законодательство рассматривается как первостепенный инструмент для решения проблемы неравенства по сравнению с частноправовыми и налоговыми мерами.

## References

1. *Atkinson, A., Stiglitz, J.* The Design of Tax Structure: Direct versus Indirect Taxation, 6 J. Pub. Econ. 1976.
2. *Atkinson, A.* Optimal Taxation and the Direct versus Indirect Tax Controversy, 10 The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne D'economique. 1977.
3. *Atkinson, R. D., Lind, M.* Big is Beautiful: Debunking the Myth of Small Business, 2019.
4. *Avi-Yonah, R.* Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax, 90 Va. L. Rev. 2004.
5. *Avi-Yonah, R.* A New Corporate Tax, Tax Notes Federal, 2020.
6. *Avraham, R. et al.* Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell, 89 Iowa L. Rev. 2004.

<sup>254</sup> К известным умеренным деятелям, внесшим вклад в развитие идей борьбы с монополией в последние годы, относятся Эрик Познер (Eric Posner), Герберт Ховенкамп (Herbert Hovenkamp) и Скотт Хемфилл (Scott Hemphill). См. *Hemphill & Rose*, supra note 232; *Ioana Marinescu & Herbert Hovenkamp*, Anticompetitive Mergers in Labor Markets, 94 / Ind. L. J. 1031 (2019); *Naidu et al.*, supra note 27; *Suresh Naidu & Eric A. Posner*, Labor Monopsony and the Limits of the Law, J. Human Resources (2021). О восприятии взглядов антимонопольной политики со стороны академического сообщества, см. *Woodcock*, Big Ink vs. Bigger Tech, supra note 10.

<sup>255</sup> См. *Woodcock*, The Antitrust Duty to Charge Low Prices, supra note 96, at 1755–1760 (приводятся доводы в пользу того, что ограничение цели применения антимонопольного законодательства только поощрением конкуренции мешает антимонопольному регулированию достигнуть цели максимального повышения благосостояния потребителей).

<sup>256</sup> См. выше часть II.

<sup>257</sup> См. *Kennedy*, supra note 15, at 30–33.

7. *Azar José et al.* Labor Market Concentration, J. Human Resources, 2020.
8. *Baker, J. B.* Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust, 81 Fordham L. Rev., 2012.
9. *Baker, J. B., Salop, S. C.* Antitrust, Competition Policy, and Inequality, 104 Geo. L. J. Online, 2015.
10. *Blankfein-Tabachnick, D., Kordana, K. A.* Kaplow and Shavell and the Priority of Income Taxation and Transfer, 69 Hastings L. J., 2017.
11. *Brownlee, W. E.* Federal Taxation in America: a History. 3d ed. 2016.
12. *Chamberlin, E. H.* The Theory of Monopolistic Competition: a Re-Orienta-tion of the Theory of Value, 71. 7<sup>th</sup> ed. 1956.
13. *Clark, J. B.* The Distribution of Wealth: a Theory of Wages, Interest And Profits, 1899.
14. *Coase, R. H.* The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ., 1960.
15. *Cooter, R., Ulen, T.,* Law & Economics. 6<sup>th</sup> ed., 2012.
16. *Corlett, W. J., Hague, D. C.* Complementarity and the Excess Burden of Taxation, 21 Rev. Econ. Stud. 1953.
17. *Cowling, K., Rayner, A. J.* Price, Quality, and Market Share, 78 J. Pol. Econ. 1970.
18. *Crane, D. A.* Antitrust and Wealth Inequality, 101 CORNELL L. REV. 2016.
19. *Crane, D. A.* Harmful Output in the Antitrust Domain: Lessons from the Tobacco Industry, 39 GA. L. Rev. 2005.
20. *Daniel, R. Ernst.* The Labor Exemption, 1908–1914. Symposium: The Sherman Act’s First Century: A Historical Perspective, 74 Iowa L. Rev., 1988–1989.
21. *Davis, G. F.* Managed By The Markets: How Finance Reshaped America, 2011.
22. *DeLong, B.* Estimates of World GDP, One Million B.C.-Present, [Electronic resource] URL: [https://delong.typepad.com/print/20061012\\_LRWGDP.pdf](https://delong.typepad.com/print/20061012_LRWGDP.pdf) (last visited Feb. 22, 2022).
23. *Demsetz, H.* Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy, 16 J. L. & Econ. 1973.
24. *Demsetz, H.* Two Systems of Belief About Monopoly, in Industrial Concentration: The New Learning. Harvey J. Goldschmid et al. eds., 1974.
25. *Dimick, M.* Should the Law Do Anything about Economic Inequality, 26 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 1, 2016.
26. *Donsbach, W.* Exposure to Political Content in Newspapers: The Impact of Cognitive Dissonance on Readers’ Selectivity, 6 Eur. J. Commc’n. 1991.
27. *Edgeworth, F. Y.* The Pure Theory of Taxation III, 7 Econ. J. 550, 568 & n.1, 1897.
28. *Einer Elhauge,* Horizontal Shareholding, 129 Harv. L. Rev. 2016.
29. *Fallon, R. H.* Should We All Be Welfare Economists? 101 Mich. L. Rev. 2003.
30. *Fennell, L. A., McAdams, R. H.* The Distributive Deficit in Law and Economics, 100 Minn. L. Rev. 2016.
31. *Fried, B.* The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement, 1998.
32. *Galbraith, J. K.* The New Industrial State, 2015.
33. *Galle, B.* Is Local Consumer Protection Law a Better Retributive Mechanism than the Tax System Tort Law In the Shadow of Agency Preemption, 65 N. Y. U. Ann. Surv. Am. L., 2010.
34. *Gamage, D.* How Should Governments Promote Distributive Justice: A Framework for Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments, 68 Tax L. Rev., 2014.
35. *Gamage, D.* On Double-Distortion Arguments, Distribution Policy, and the Optimal Choice of Tax Instruments, No. ID 2489678, 2014.
36. *Guttentag, M. D.* Law and Surplus: Opportunities Missed, 2019 Utah L. REV. 2019;
37. *Hale, R. L.* Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power, 1952.
38. *Hemphill, C. S., Rose, N. L.* Mergers that Harm Sellers, 127 Yale L. J. 2018.
39. *Henderson, J. S., Burns, R. E.* An Economic and Legal Analysis of Undue Price Discrimination, 1989.
40. *Hicks, J. R.* Value and Capital: an Inquiry into Some Fundamental Principles of Economic Theory, 2001.
41. *Hofstadter, R.* The Age of Reform, 1960.
42. *Hofstadter, R.* What Happened to the Antitrust Movement? In The Paranoid Style in American Politics and Other Essays. 1<sup>st</sup> ed. 1967.
43. *Hotelling, H.* The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates, 6 econometrica, 1938.
44. *Hovenkamp, H.* The First Great Law & Economics Movement, 42 Stan. L. Rev. 1990.
45. *Hovenkamp, H.* Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled? 45 J. Corp. L. 2019.
46. *Hovenkamp, H.* The Neal Report and the Crisis in Antitrust, No. ID 1348707, 2009.
47. *Hovenkamp, H.* Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 6<sup>th</sup> ed. 2020.
48. How the Chicago School Overshot the Mark. Robert Pitofsky ed., 2008.
49. *Hylland, A., Zeckhauser, R.* Distributional Objectives Should Affect Taxes but Not Program Choice or Design, 81 Scandinavian J. Econ. 1979.
50. *Jolls, C.* Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law, 51 Vand. L. Rev. 1998.
51. *Kahloon, I.* Thomas Piketty Goes Global, The New Yorker [Electronic resource]. <https://www.newyorker.com/magazine/2020/03/09/thomas-piketty-goes-global> (last visited May 31, 2021).

52. *Kaplow, L., Shavell, S.* Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 23 J. Legal Stud. 1994.
53. *Kaplow, L., Shavell, S.* Should Legal Rules Favor the Poor — Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income Exchange: Should Legal Rules Be Used to Redistribute Wealth, 29 J. Legal Stud. 2000.
54. *Kaplow, L., Shavell, S.* Fairness Versus Welfare, 2009.
55. *Kaplow, L.* The Theory of Taxation and Public Economics, 2011.
56. *Kearney, J. D., Merrill, T. W.* The Great Transformation of Regulated Industries Law, 98 Colum. L. Rev., 1998.
57. *Kennedy, D.* The Stakes of Law, or Hale and Foucault Transformative Discourses in Postmodern Social Cultural and Legal Theory, 15 Legal Stud. Forum. 1991.
58. *Kennedy, D.* Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Peter Newman ed., 2002.
59. *Khan, L., Teachout, Z.* Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power, 9 Duke J. Const. L. Pub. Pol'y, 2014.
60. *Khan, L. M.* Amazon's Antitrust Paradox. 126 Yale L. J., 2017.
61. *Kim, E. K.* Labor's Antitrust Problem: A Case for Worker Welfare Note, 130 YALE L.J. 2020.
62. *Kim, T.* Warren Buffett Believes this is "the Most Important Thing" to Find in a Business, CNBC [Electronic resource]. URL: <https://www.cnbc.com/2018/05/07/warren-buffett-believes-this-is-the-most-important-thing-to-find-in-a-business.html> (last visited May 18, 2021).
63. *Kovacic, W. E.* Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration, 74 Iowa L. Rev., 1989.
64. *Lischka, J. A.* A Badge of Honor? 20 Journalism Stud., 2019.
65. *Liscow, Z.* Is Efficiency Biased, 85 U. CHI. L. REV., 2018
66. *Liscow, Z.* Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency Note, 123 Yale L. J., 2014.
67. *Little, I. M. D.* Direct Versus Indirect Taxes, 61 Econ. J., 1951.
68. *Logue, K., Avraham, R.* Redistribution Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance, 56 Tax L. Rev., 2003.
69. *Longman, Ph.* The Case for Small-Business Cooperation, November/December 2018 Wash. Monthly (Oct. 28, 2018) [Electronic resource]. URL: <https://washingtonmonthly.com/2018/10/28/the-case-for-small-business-collusion/> (last visited Feb. 22, 2022).
70. *Loo, Rory Van.* Broadening Consumer Law: Competition, Protection, and Distribution, 95 Notre Dame L. Rev., 2020.
71. *Manning, A.* Monopsony in Labor Markets: A Review, 74 ILR Rev., 2021.
72. *Marinescu, I., Hovenkamp, H.* Anticompetitive Mergers in Labor Markets, 94 Ind. L. J., 2019.
73. *Markovits, R. S.* Why Kaplow and Shavell's Double-Distortion Argument Articles are Wrong, 13 Geo. Mason L. Rev., 2005.
74. *Martin, I. W.* The Permanent Tax Revolt: How the Property Tax Transformed American Politics, 2008.
75. *McCraw, T. K.* Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn, 1984.
76. *McCloskey, D.* The Trouble with Mathematics and Statistics in Economics, 13 History of Economic Ideas, 2005.
77. *Morris, P.* The Truth Behind Warren Buffett's Billion-Dollar Railroad Bet, The Motley Fool [Electronic resource]. URL: <https://www.fool.com/investing/general/2014/06/22/the-truth-behindwarren-buffetts-billion-dollar-ra.aspx> (last visited May 18, 2021).
78. *Moss, D. A.* When All Else Fails: Government as the Ultimate Risk Manager, 2004.
79. *Naidu, S. et al.* Antitrust Remedies for Labor Market Power, 132 Harv. L. Rev. 2018.
80. *Naidu, S., Posner, E. A.* Labor Monopsony and the Limits of the Law. J. Human Resources, 2021.
81. *Nielsen, R. K.* "Frozen" Media Subsidies during a Time of Media Change: A Comparative Analysis of Media Policy Drift in Six Western Democracies. 10 Global Media and Communication, 2014.
82. *Peltzman, S.* The Gains and Losses from Industrial Concentration. 20 J. L. & Econ, 1977.
83. *Picard, R. G.* The Economics of the Daily Newspaper Industry, in Media Economics: Theory and Practice. Alison Alexander et al. eds., 2003.
84. *Piketty, T.* Capital in The Twenty-First Century. Arthur Goldhammer trans., 2017.
85. *Posner, R. A.* Antitrust Law. 2d ed. 2001.
86. *Revesz, R. L.* Regulation and Distribution, 93 N. Y. U. L. Rev., 2018.
87. *Romer, P. M.* Mathiness in the Theory of Economic Growth, 105 Am. Econ. Rev., 2015.
88. *Samuels, W. J.* The Economy as a System of Power and Its Legal Bases: The Legal Economics of Robert Lee Hale, 27 U. Miami L. Rev. 1973.
89. *Sanchirico, C. W.* Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View Exchange: Should Legal Rules Be Used to Redistribute Wealth, 29 J. Legal Stud., 2000.
90. *Scherer, F. M., Ross, D.* Industrial Market Structure and Economic Performance, 3d ed., 1990.
91. *Scherer, F. M.* First Mover Advantages and Optimal Patent Protection. 40 J. Tech. Transfer, 2015.

92. *Shapiro, C.* Antitrust in a Time of Populism. 61 Int'l J. Indus. Org., 2018.
93. *Shavell, S.* A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation? 71 Am. Econ. Rev., 1981.
94. *Sidak, J. G., Teece, D. J.* Dynamic Competition in Antitrust Law. 5 J. Competition L. Econ., 2009.
95. *Schumpeter, J. A.* Capitalism, Socialism and Democracy, 1950.
96. *Starr, P.* The Creation of the Media: Political Origins Of Modern Communications, 2006.
97. *Teece, D. J., Coleman, M.* The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries. 43 Antitrust Bull, 1998.
98. The Industrial Reorganization Act: An Antitrust Proposal to Restructure the American Economy. 73 Colum. L. Rev, 1973.
99. *Vaheesan, S.* The Evolving Populisms of Antitrust. 93 Neb. L. Rev. 2014.
100. *Vaheesan, S.* Resurrecting a "Comprehensive Charter of Economic Liberty": The Latent Power of the Federal Trade Commission. 19 U. P. J. Bus. L., 2017.
101. *Varian, H. R.* Intermediate Microeconomics: a Modern Approach. 7<sup>th</sup> ed., 2006.
102. *Vietor, R. H. K.* Contrived Competition: Regulation and Deregulation in America, 1996.
103. *Viscusi, W. Kip et al.* Economics of Regulation and Antitrust. 5<sup>th</sup> ed., 2018.
104. *Walker, D.* The Direct-Indirect Tax Problem: Fifteen Years of Controversy, 10 Pub. Fin. / Finances Publiques, 1955.
105. *Woodcock, R. A.* Big Ink vs. Bigger Tech. Truth on the Market [Electronic resource]. URL: <https://truthonthemarket.com/2019/12/30/big-ink-vs-bigger-tech/> (last visited Apr. 7, 2020).
106. *Woodcock, R. A.* The Antitrust Case for Consumer Primacy in Corporate Governance. 10 UC Irvine L. Rev., 2020.
107. *Woodcock, R. A.* Big Data, Price Discrimination, and Antitrust. 68 Hastings L. J., 2017.
108. *Woodcock, R. A.* The Antitrust Duty to Charge Low Prices. 39 Cardozo L. Rev., 2018.
109. *Woodcock, R. A.* The Obsolescence of Advertising in the Information Age, 127 Yale L. J., 2018.
110. *Woodcock, R. A.* Toward a Per Se Rule against Price Gouging. CPI Antitrust Chron. (Sep. 2020).
111. *Woodcock, R. A.* Making the Rich Pay More and the Poor Pay Less: Personalized Pricing as a Remedy in Antitrust and Public Utility Regulation, SSRN Scholarly Paper (Feb. 17, 2019) [Electronic resource]. URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=3378864> (last visited Feb 22, 2021).
112. *Woodcock, R. A.* Ruinous Competition in News, the Postal Internet, and the Three Laws of Techno-Legal Change. SSRN Scholarly Paper (Mar. 11, 2021). <https://papers.ssrn.com/abstract=3802884>

# ИЗМЕНЕНИЯ В ПРАВЕ В УСЛОВИЯХ ОБЩЕСТВЕННОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

**Денисенко Владислав Валерьевич**

доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета, Воронеж, Российская Федерация; vsu\_vlad@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

Статья посвящена изменениям в праве в процессе общественной модернизации. Проводится исторический анализ изменения юридических процедур в процессе исторического формирования современного общества. Раскрыты факторы изменений в современных правовых системах и в правовых системах прошлого. В статье использованы методы, необходимые для доктринального анализа изменений в праве, а именно: формально-юридический, а также сравнительно-правовой и конкретно-исторический. Результатом исследования стал анализ и авторские выводы о правовом регулировании и правовой политике в условиях общества постмодерна.

**Ключевые слова:** изменения в праве, методология юридической науки, модернизация в праве, правовое регулирование, делиберативная демократия, модернизация права, права человека.

## CHANGES IN LAW IN CONDITIONS OF PUBLIC MODERNIZATION: HISTORY AND MODERNITY

**Vladislav V. Denisenko**

Doctor of Science (Jurisprudence), Professor of the Department of Theory and History of State and Law of Voronezh State University, Voronezh, Russian Federation; vsu\_vlad@mail.ru

## ABSTRACT

The article is devoted to changes in law in the process of social modernization. The historical analysis of changes in legal procedures in the process of historical formation of modern society is carried out. The factors of changes in modern legal systems and in the legal systems of the past are revealed. The article uses the methods necessary for the doctrinal analysis of changes in law, namely: formal-legal, as well as comparative-legal and concrete historical. The result of the study was the analysis and author's conclusions about legal regulation and legal policy in a postmodern society.

**Keywords:** changes in law, methodology of legal science, modernization in law, legal regulation, deliberative democracy, modernization of law, human rights.

---

Вопрос изменений в праве является крайне актуальным в условиях современного цифрового государства и общества постмодерна. Проблема изменений в праве и методологии, валидной для доктринального осмысления комплекса данного вопроса, была предметом размышления в различные эпохи. Представители Просвещения выдвинули ряд краеугольных для современного юридического мира доктрин, таких как общественный договор и разделение властей. В рамках «проекта Просвещения» была сформирована доктрина прав человека с позиции так называемого классического рационализма. Именно универсальные стандарты прав и свобод человека являются в данной доктрине критерием и ориентиром изменений в законе. С момента формирования доктрины в правовой мысли было предложено несколько различных подходов к проблеме изменений в праве.

Первым критиком «проекта Просвещения» был английский консерватор Эдмунд Бёрк, который в своей знаменитой работе «Размышления о революции во Франции»<sup>1</sup> утверждал, что именно традиции должны быть основой закона, а не абстрактные конструкции философов. В современный период дискурс об основаниях правовой системы и критериях изменений в праве стал актуален в связи с формированием во второй половине XX в. социального государства и затем общества постмодерна. Первыми, кто наиболее детально подверг критике идею понимания права с позиции универсальных стандартов Просвещения, были представители Франкфуртской школы политической философии Т. Адорно и М. Хоркхаймер. Они назвали такое регулирование — «инструментальный разум», объясняя так называемой негативной диалектикой Просвещения парадокс того, почему разум сам разрушает человеческое — гуманность. Разум понимается как инструмент целерациональности, то есть такой, который имеет дело

<sup>1</sup> Бёрк Э. Размышления о революции во Франции. Сокращенный перевод с англ. Е. И. Гельфанд. М.: Рудомино, 1993. <http://larevolution.ru/Books/Burke1.html>

с целями и средствами их достижения<sup>2</sup>. С распадом религиозно-метафизических картин мира все нормативные мерки утратили значимость перед авторитетом науки, разум в культурном модерне окончательно освобождается от своих притязаний на ценность и ассимилируется с ничем не прикрытой силой — властью<sup>3</sup>. Таким образом, в процессе модернизации общества происходит разрушение религиозной картины мира, на смену которой приходит постметафизическое мышление, основанное на инструментальном разуме или целерациональных действиях, такое мышление ведет к негативным для общества и личности последствиям. Дальнейшая особенность легитимности позитивного права связывается уже с изменениями в обществе конца XX в., которые позволили называть современное общество и государство «постмодернистскими». Так, И. Л. Честнов указывает, что «...ситуация постмодерна характеризуется прежде всего культурным разнообразием. Сциентистская ориентация предшествующих эпох, основанная на вере во всемогущество разума, сменилась радикальным релятивизмом»<sup>4</sup>.

Вопрос о теориях и взглядах философии постмодернизма представляется более обширным, чем данная публикация, но, безусловно, картина современного общества и права не будет полной без характеристики данного философско-правового направления, ибо вопросы изменений права в работах теоретиков постмодернизма рассматриваются в совершенно ином аспекте, чем в работах иных направлений<sup>5</sup>. Сразу следует отметить, постмодернизм как движение сложно описать по датам и характеристикам, ибо, как пишет посвятивший многие годы исследованию этого феномена И. Л. Честнов, «постмодернизм, конечно, не цельное учение, школа или мировоззрение, а тем более идеология, а различные, порой значительно отличающиеся идеи, высказываемые философствующими мыслителями»<sup>6</sup>. Постмодерном называют ряд особенностей в экономике, культуре, в частности в массовом искусстве, которые позволяют отличить представителей идей постмодернизма последней четверти XX в. от мыслителей предыдущей эпохи — эпохи модерна. Как указывают отечественные исследователи современного общества: «Постмодерн — эпоха, характеризующаяся резким ростом культурного и социального многообразия, отходом от ранее господствовавшей унификации и от принципов чистой экономической целесообразности, возрастанием многовариантности прогресса, отказом от принципов массового социального действия, формированием новой системы стимулов и мотивов деятельности человека, замещением материальных ориентиров культурными и др.»<sup>7</sup> Также отмечается, что отличительными чертами этой эпохи являются «тенденции, проявившиеся в культурной практике и самосознании Запада в течение двух последних десятилетий». «Речь идет о пересмотре кардинальных предпосылок европейской культурной традиции, связанных с прогрессом как идеалом и схемой истории, разумом, организующим вокруг себя весь познаваемый мир, либеральными ценностями как эталоном социально-культурного обустройства, экономической задачей неуклонного прироста материальных благ. Такое переворачивание привычных — модернистских — представлений (отсюда и термин «постмодернизм») охватывает самые различные сферы культурной деятельности»<sup>8</sup>.

Конечно, если говорить об идейных истоках постмодернизма, то можно назвать весьма далекие от настоящих дней работы. Так, наиболее признанный специалист по праву постмодерна И. Л. Честнов упоминает труды начала XX в., в частности работу Рудольфа Панвица 1917 г. «Кризис европейской культуры», где употребляется слово «постмодерный» применительно к человеку<sup>9</sup>. В настоящей работе не ставится задача исследовать феномен постмодернистской философии от ее зарождения до современности, поэтому раскроем лишь те аспекты этого направления, которые имеют отношение к нашему исследованию и помогут объяснить особенности взглядов постмодернизма на легитимность права. Следует согласиться, что «...для становления постмодернизма ключевую роль сыграли идеи, сформулированные четырьмя ключевыми фигурами: М. Фуко (диссипация микровласти в социальности и ее амбивалентность), Ж.-Ф. Лиотаром (недоверие к метанарративам), Ж. Деррида (деконструкция), Р. Рорти (замена философии, прежде всего гносеологии, литературой)»<sup>10</sup>. Итак, постмодернизм — это философский (и в дальнейшем правовой) дискурс, который сформировался в работах ряда таких мыслителей, как М. Фуко, Ж. Деррида в конце 60-х гг. XX в., между тем сами эти мыслители не называли себя постмодернистами<sup>11</sup>. Поэтому точкой отсчета

<sup>2</sup> См.: *Фурс В. Н.* Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. Минск, 2000. С. 30.

<sup>3</sup> См.: *Хабермас Ю.* Философский дискурс о модерне. М., 2003. С. 122–123.

<sup>4</sup> *Честнов И. Л.* Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права. СПб., 2004. С. 37–38.

<sup>5</sup> *Bridges T.* The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture. Albany: State University of New York Press, 1991; *Douzinas C.* Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law. New York: Routledge, 1991; *Farrel F.* Subjectivity, Realism and Postmodernism: The Recovery of the World. Cambridge: Cambridge University Press, 1994; *Raz J.* Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.

<sup>6</sup> *Честнов И. Л.* Там же. С. 20–21.

<sup>7</sup> *Иноземцев В. Л.* Постмодерн, постсовременность. Новая философская энциклопедия. В четырех томах. Т. 3. М., 2010. С. 296.

<sup>8</sup> *Петровская Е. В.* Постмодернизм. Новая философская энциклопедия. В четырех томах. Т. 3. 2010. С. 297. Цит. по: Честнов И. Л. Указ. соч. С. 24.

<sup>9</sup> *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 21–22.

<sup>10</sup> *Честнов И. Л.* Указ. соч. С. 28.

<sup>11</sup> Называя М. Фуко, Ж. Деррида и Р. Рорти вдохновителями и идеологами постмодернизма, И. Л. Честнов, например, отмечает, что «сами они дистанцировались, чтобы самоидентифицироваться в качестве постмодернистов». В отношении М. Фуко и постмодернизма И. Л. Честновым приводится мнение А. Ф. Дьякова: «Никакого отношения к „культуре постмодерна“ (если понимать под этим тенденцией в искусстве 1980-х гг.) Фуко не имеет. Говорить здесь можно лишь о том „постмодернизме“ или „постмодерне“, образ которого предложил Ж.-Ф. Лиотар. *Дьяков А. В.* Мишель Фуко и его время. СПб., 2010. Цит. по: *Честнов И. Л.* Указ. соч. С. 28–29.

в дискурсе постмодернистов-философов, а потом и правоведов можно считать работу Ж.-Ф. Лиотара «Состояние постмодерна» (в оригинале — «La condition postmoderne. Les éditions de minuit»), вышедшую во Франции в 1979 г.<sup>12</sup> В этой работе провозглашается переход к принципиально новой эпохе, отличающейся от эпохи модерна. Прежде всего, речь шла об изменении в экономике, образе жизни и культуре. Ж.-Ф. Лиотар считает, что современное общество характеризуется «недоверием к метанарративам», так как в современном обществе происходит распад «целостности жизни на независимые специальности, представленные узкокомпетентными экспертами»<sup>13</sup>.

Постмодернисты подвергают критике философско-методологические основы гуманитарных наук, в частности юриспруденции. Наиболее известным методом постмодернизма является метод деконструкции<sup>14</sup>. Как было уже сказано, постмодернизм — весьма противоречивое течение, поэтому сложно анализировать в нем некие общие черты, ведь не зря один из влиятельных социологов второй половины XX в. Пьер Бурдьё указывал, что «постмодерн — это неразборчивая эклектика, скрывающая разные, в зависимости от страны, реалии»<sup>15</sup>. Поэтому попытаемся выделить наиболее общие позиции, учитывая неоднородность данного направления. Итак, постмодернисты во многом стоят на позициях правового релятивизма, отрицают возможность общественного консенсуса в современном обществе по ряду причин. Прежде всего, постмодернисты критикуют идею классической рациональности, отрицают объективность истины. По мнению постмодернизма, «объективная реальность» отсутствует. Те правила, по которым живет общество, например идея прав человека, это «социальная конструкция», иными словами, мифы культуры или же идеологии. Как пишет отечественный философ С. В. Моисеев, «постмодернисты отвергают также попытки человека познать „реальность“ и создаваемые ими объяснительные схемы. Они называют их метанарративами, или „великими схемами“. Марксизм, фрейдистский психоанализ, либерализм, дарвинизм и т. д. — эти метанарративы пытаются все вписать в одну схему, все подчинить одной логике, а действительность слишком разнообразна, фрагментарна, локальна, подчиняется разным логикам»<sup>16</sup>. Метанарративы (например, те же стандарты прав человека), по мнению постмодернистов, искажают историю человечества и традиции народов в определенные схемы. Причем социальная реальность в понимании постмодернистов связана с властью. «...Уместно напомнить еще одно утверждение постмодернизма: „Знание — это власть“. Если так называемая реальность — это „социальный конструкт“, то тот, кто его конструирует, имеет огромную власть. Он заставляет нас видеть мир таким, каким он хочет, чтобы мы его видели. Он заставляет нас считать естественным и очевидным то, что на самом деле нам навязано и служит чьим-то интересам»<sup>17</sup>. Исходя из того, что реальность сконструирована, во французском дискурсе философов-постмодернистов была выдвинута идея о «смерти субъекта». Это означает, что субъект сконструирован, сформирован обществом, отношениями, в которых он задействован. Идея «смерти субъекта» — это критика идей Просвещения, так как постмодернисты «противопоставляли «реализм» тотального господства структуры над человеком идеям просветителей, полагавших, что человек, наделенный Разумом, сам, по своему усмотрению, творит социальные (материальные и духовные) условия своего бытия»<sup>18</sup>. По мнению Жака Лакана, субъект, «Я», индивидуальность — это иллюзия. «Я» — формируется языком, который существует до субъекта. Язык определяет те возможности, даже наше видение ситуаций, наш выбор<sup>19</sup>.

Постмодернисты отрицают единые, научные взгляды на общество, государство и право. Такие единые стандарты, как «права человека», «природа человека», отрицаются. Правовая сфера, как и всё общество постмодерна, стала более фрагментизированной, в них существует множество мифов, фикций или симулякров<sup>20</sup>. И идеология, то есть «метанарратив», служит для того, чтобы определять в глазах субъектов, что существует и что подавление и власть — это взаимосвязанные явления. Поэтому правоведы, стоящие на позициях постмодернизма, неизбежно приходят к правовому цивилизационному релятивизму и в качестве современных философских основ признают идеи социальной обусловленности личности, в частности коммунитаризм А. Макинтайра. Итак, действительно ли современное общество и легитимность в нем являются такими, какими их описывают постмодернисты? Для этого необходимо, на наш взгляд, вспомнить гипотезу о наступлении новой эпохи и особенностей в ней легитимности Ж.-Ф. Лиотара, в работе которого «Состояние постмодерна» есть следующие главы: глава 2 «Проблема легитимации», глава 10 «Утрата легитимности» и ряд других, где проблеме легитимности отводится значительное место<sup>21</sup>. Ж.-Ф. Лиотар пишет: «Нет никаких оснований считать, что можно определить метапрескрипции, общие для всех язы-

<sup>12</sup> Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 160.

<sup>13</sup> Лиотар Ж.-Ф. Ответ на вопрос: что такое постмодерн? Ступени. Философский журнал, 1994, № 2. С. 87–88.

<sup>14</sup> Как указывает И. Л. Честнов: «Критика логоцентризма выражается в методе деконструкции, используемом представителями этого культурологического течения. Деконструкция (сам термин) выступает своеобразной визитной карточкой постмодернизма. Не будет, видимо, преувеличением утверждение, что суть деконструкции состоит в критической рефлексии в отношении как объекта исследования, так и самого субъекта, это исследование проводящего. Честнов И. Л. Указ. соч. С. 29.

<sup>15</sup> Бурдьё П. За рационалистический историзм. Социологос постмодернизма. М., 1996. С. 9.

<sup>16</sup> Моисеев С. В. Философия права. Курс лекций. Новосибирск, 2004. С. 243.

<sup>17</sup> Там же. С. 243–244.

<sup>18</sup> Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 59.

<sup>19</sup> См.: Моисеев С. В. Там же. С. 241.

<sup>20</sup> Ж. Бодрийяр обозначал симулякрами образы или символы не существующих в реальности вещей.

<sup>21</sup> Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 10–11.

ковых игр, и что один обновляемый консенсус (тот, что в определенные моменты главенствует в научном сообществе) может охватить совокупность метапрескрипций, упорядочивающих совокупность высказываний, циркулирующих в обществе. <...> По этой причине мы считаем неосмотрительным или даже невозможным ориентировать разработку проблемы легитимации в направлении поиска универсального консенсуса»<sup>22</sup>. Ж.-Ф. Лиотар провозглашает эпоху постмодерна, в которой государство потеряет главенствующую роль: «...Проблема отношений между экономическими и государственными интересами грозит проявиться с новой остротой. Уже в предыдущие годы десятилетия первые могли угрожать стабильности вторых, благодаря новым формам оборачивания капиталов, которым было дано родовое имя мультинациональных предприятий. Эти формы подразумевают, что решения относительно инвестиций отчасти выходят из-под контроля национальных государств»<sup>23</sup>. На основании всего вышеуказанного делается вывод: «Консенсус стал устарелой ценностью, он подозрителен. <...> Если достигнут консенсус по поводу правил, определяющих языковую игру, и допустимых в ней «приемов», то этот консенсус должен быть локальным, то есть полученным действующими ныне партнерами, и подвержен возможному расторжению»<sup>24</sup>.

Надо отметить, что некоторыми отечественными учеными указанная выше гипотеза о современном обществе Ж.-Ф. Лиотара представляется истиной и соответствующей реальности<sup>25</sup>. Между тем в зарубежной литературе уже с начала 90-х гг. XX в. идеи постмодернизма подверглись серьезной критике, а сегодня почти не являются предметом научных дискуссий. Причиной явились ошибочные выводы относительно современного общества, несостоятельность большинства гипотез. Многие известные представители постмодернизма со временем изменили свои взгляды. Наиболее типичным следует признать высказывание З. Баумана: «Слухи о смерти модернити сильно преувеличены: обилие некрологов никак не делает их менее преждевременными»<sup>26</sup>. Так как в отечественной науке зачастую присутствует некритичное восприятие гипотез постмодернистов 80-х гг., хотелось остановиться на критике их некоторых положений, имеющих отношение к нашей теме. Одна из главных гипотез постмодерна — идея об историческом процессе, который привел к фрагментарности современного общества — такому обществу присущ кризис ценностей (и правового регулирования, в частности). В качестве исследований, опровергающих такие гипотезы, приведем фундаментальные труды одного из влиятельнейших социальных философов современности Френсиса Фукуямы «Великий разрыв» и «Доверие»<sup>27</sup>. Причина, по которой мы ссылаемся именно на этого мыслителя, не случайна: в указанных выше работах Ф. Фукуяма не свойственно делать умозрительные выводы, его нельзя упрекнуть в том, что он строит свои теории общества, образно говоря, в духе «привиделось мне». Все гипотезы и выводы относительно современного общества иллюстрируются значительным количеством эмпирических исследований, составляющих чуть ли не пятую часть объема его работ. Начнем с того, что Ф. Фукуяма возражает по поводу того, что развитие общества — это «постоянно растущий уровень дезорганизации и социальной атомизации». «Означает ли это, что современные либеральные общества обречены на всё усугубляющийся моральный упадок и социальную анархию до тех пор, пока они некоторым образом не взорвутся? <...> Ответ, на мой взгляд, отрицательный — по той простой причине, что мы, человеческие существа, по своей природе устроены так, чтобы создавать для себя моральные нормы и социальную организацию. Ситуация отсутствия норм — то, что Дюркгейм назвал аномией, — чрезвычайно неприятная для нас, и мы стремимся создать новые нормы, чтобы заменить ими те, что обесценились»<sup>28</sup>. В работах постмодернистов 80-х гг. XX в. была популярна идея кризиса, в том числе и правового регулирования, между тем современным ученым следует понимать, что это реалии именно тех лет, так как «начиная с 60-х гг. происходил достигший своего пика в конце 80-х огромный всплеск „нарушений общественного порядка“ — мелкой преступности вроде надписей на стенах, бродяжничества и мелкого вандализма практически в каждом американском городе. <...> Явная неспособность властей положить этому конец заставляла людей думать, что их общество вышло из-под контроля»<sup>29</sup>. Между тем спустя несколько лет ситуация изменилась в лучшую сторону, как реакция на преступность возникла политика так называемого общественного надзора за деятельностью полиции и «...к 90-м гг. (XX в.) положительные результаты общественного надзора за порядком стали делаться все более и более очевидными»<sup>30</sup>. Главный вывод, который делает Ф. Фукуяма в своих работах, посвященных изменениям в обществе второй половины XX в., — это то, что в обществе происходят периодические, связанные с изменением образа жизни, изменением экономики, распада социальные нормы. Именно такой и имел место в 70–80-х гг. XX в. (Фукуяма называет этот пе-

<sup>22</sup> Лиотар Ж.-Ф. Указ. соч. С. 155.

<sup>23</sup> Там же. С. 21.

<sup>24</sup> Там же. С. 157.

<sup>25</sup> Например, И. Л. Честнов пишет: «Может ли формальная рациональность служить надежным критерием — основанием взаимопонимания на уровне обыденного массового правопорядка? Скептические сомнения в этом, высказываемые, в частности, Ж.-Ф. Лиотаром, представляются достаточно весомыми. С одной стороны, достижение единства, о котором «мечтает Хабермас» в условиях «фрагментаризации» социальной структуры, распада жизни на независимые специальности, представленные узкокомпетентными экспертами, выглядит более чем проблематичным». Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 111.

<sup>26</sup> Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 130.

<sup>27</sup> Фукуяма Ф. Доверие. М., 2006; Он же. Великий разрыв. М., 2004.

<sup>28</sup> Фукуяма Ф. Великий разрыв. М. С. 191–192.

<sup>29</sup> Фукуяма Ф. Там же. С. 173.

<sup>30</sup> Там же. С. 175.

риод «Великий разрыв»), но этот процесс заканчивается чаще всего возрождением социальных норм и связей, но в другой форме. Причем в настоящее время в обществе, где реальность, постиндустриальная экономика и знание действительно стали основным ресурсом экономики<sup>31</sup>, социальные связи не находятся в постоянном распаде, более того ряд социальных связей укрепились, снизился уровень преступности. Также ряд известных социологов указывают, что именно развитым постиндустриальным странам присущ высокий уровень доверия и взаимодействия: «...хотя формальный закон, а также сильные политические и экономические институты являются необходимыми, самих по себе их недостаточно для того, чтобы гарантировать преуспевание современного общества. Нормальная работа либеральной демократии всегда зависела от наличия определенных культурных ценностей, принимаемых обществом»<sup>32</sup>. Так, один из влиятельных социологов современности Петр Штомпка в своей книге, вышедшей уже в начале XXI в., указывает, характеризуя неформальные отношения в условиях глобализации: «Я утверждаю, что глобализация, ведущая к эрозии доверия на локальном уровне, одновременно создает новые механизмы, стремящиеся к возвращению доверия на новом глобальном уровне»<sup>33</sup>. Таким образом, идеологи постмодернизма поставили ряд важных проблем: прежде всего, справедливо указали на недостатки теории метафизического мышления, классической рациональности, идущей от эпохи Просвещения, верно указали на необходимость изучения и учета общественной практики, между тем гипотезы 80-х гг. XX в. о все усиливающемся кризисе, моральном релятивизме и разобщенном характере современного постиндустриального общества не подтвердились.

Рассуждая об изменении права в современном обществе или обществе «позднего модерна», как его называют ряд авторитетных социальных философов и правоведов, следует упомянуть и о мультикультурных идеях понимания права, связанного с антропологическим подходом и коммунитаризмом в современных социальных и философских дискурсах<sup>34</sup>. В последней четверти XX в. в европейской политической и философской мысли была весьма популярна идеология мультикультурализма, который «подвергает сомнению такие сакральные для философии понятия, как „всеобщность“ и „универсальность“, утверждая, что культурные различия имеют статус онтологических, то есть «последних» различий, и не могут быть преодолены без уничтожения носителя этих различий — конкретного народа или социальной группы»<sup>35</sup>. В отечественном правоведении также популярны идеи мультикультурности, антропологического и социокультурного подхода. В частности, И. Л. Честнов пишет: «Рационально обосновать такие морально окрашенные категории, как формальное равенство, свобода (мера свободы), справедливость, народовластие и т. д., понимаемые даже формально юридически, невозможно. Справедливым в этой связи представляется утверждение А. Макинтайра, по мнению которого «для окончательного разрешения рационального спора потребовалось бы обращение к такой норме или совокупности норм, чьего авторитета ни одна мыслящая личность не могла бы признать»<sup>36</sup>. Ссылка на А. Макинтайра сторонников антропологического подхода к праву не случайна, ибо главный тезис этого философа-коммуниста состоит в следующем: «Невозможно обосновать мораль вне исторического и культурного контекста»<sup>37</sup>. Иными словами, философия коммунитаризма обосновывает признание большего значения локальных ценностей над ценностями универсальными.

Как указывает С. Г. Чукин, коммунитаристы идеям Просвещения и универсальной этике либерализма противопоставляют внимание к традиции добродетелей и партикулярную этику локальных социальных групп. Вместо великих принципов и ни к чему не обязывающих обязанностей они предлагают личную добродетель, а вместо свободы — выбирать ту или иную форму справедливости — групповые проекты счастливой жизни; вместо большого гетерогенного общества — гомогенное и свободное от господства сообщество<sup>38</sup>. В основе своих воззрений коммунитаристы используют взгляды Аристотеля о солидарности как самой главной добродетели среди других. Но насколько перспективна такая философско-методологическая основа для правовой политики во внутрисубъективных и международных отношениях? Можно выдвинуть ряд вопросов, но, прежде всего, один: стоим ли мы на позиции Аристотеля либо поддерживаем иной взгляд на общество? У Аристотеля существовала категория фронеzis (благоразумие, рассудительность), которая заключалась в познании, основанном на человеческом опыте, конкретной ситуации. Фронеzis Аристотель отличал от теоретического познания (эпистема). Фронеzis формируется у индивида при участии в совместной форме жизни сообщества<sup>39</sup>. Но в таком случае коммунитаристы, использующие позиции Аристотеля, должны отстаивать один, привилегированный образ жизни, как и греки, которые отказывались в понимании блага варварам. В современном толерантном обществе, где есть разные понимания благ, теория

<sup>31</sup> Как справедливо указал Ж.-Ф. Лиотар: «В последние десятилетия знание стало главной производительной силой экономики». Лиотар Ж.-Ф. Указ. соч. С. 19.

<sup>32</sup> Фукуяма Ф. Указ. соч. С. 22.

<sup>33</sup> Штомпка П. Доверие. Основа общества. М., 2012. С. 425.

<sup>34</sup> Немытина М. В. Интерпретации категории «правовая культура». Правовые культуры. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 25 марта 2001 г. Под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. М.: РУДН, 2012. С. 29.

<sup>35</sup> Чукин С. Г. Ю. Хабермас versus А. Макинтайр: к вопросу об основаниях современного философствования. Размышление о философии на перекрестке второго и третьего тысячелетий. СПб.: Санкт-Петербургское философское общество, 2002. С. 76.

<sup>36</sup> Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 561.

<sup>37</sup> Чукин С. Г. Указ. соч. С. 91.

<sup>38</sup> Чукин С. Г. Указ. соч. С. 95.

<sup>39</sup> См.: Аристотель. Никомахова этика. Соч. в 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 180.

фронезиса Аристотеля вряд ли перспективна, ибо солидарность в трактовке коммунитаристов достижима только «...в локальных культурах, базирующихся на общей истории, языке, жизненных практиках. <...> Апология „перспективы родного болота“, к которой, по сути, сводится мораль коммунитаризма, делает его бесполезным при обосновании этики большого общества»<sup>40</sup>. Неизбежным выводом из работ А. Макинтайра, М. Сэндела и М. Тейлора<sup>41</sup> становится кризис универсальных норм и призыв к традициям и обычному праву.

К чему приводят правовые отношения на основании традиционных норм, прекрасно иллюстрирует Средневековые и более ранние традиционные государства, основанные на традиционных нормах. Совершенно справедливым является следующая констатация традиционных государств и правовых систем, им присущих: «Человеческие сообщества были основаны на разнообразных принципах, результатом которых оказывался узкий круг доверия, включающий в себя семью, родственников, династию, секту, религию, расу, этничность и национальную идентичность. Просвещение осознало, что все эти традиционные источники общности были в итоге иррациональными. Во внутренней политике они приводили к социальному конфликту, так как фактически ни одно общество не было гомогенным по любому из этих признаков. Во внешней политике они вели к войне, потому что общества, основанные на различных принципах, постоянно находились друг с другом на мировой арене. Только политический порядок, основанный на универсальном признании человеческого достоинства — сущностного равенства всех людей, вытекающего из их способности к моральному выбору, — может устранить эти иррациональности и привести к мирному внутреннему и международному порядку»<sup>42</sup>. Поэтому, анализируя вопросы изменений в праве современного общества, можно сказать, что в условиях информационного глобализирующего общества идет постоянный процесс формирования единого социально-нормативного пространства»<sup>43</sup>. В этих условиях постоянно формируются новые общественные связи и нормы, заменяя старые. Этот процесс связан с увеличением количества и специализации правовых норм, что приводит к кризисам легитимности, но это отнюдь не означает, что современное общество представляет собой совершенно разрозненный социум, в котором невозможен консенсус. Также неверным видится гипотеза об усиливающемся общественном и юридическом кризисе, в условиях которого необходимо вернуться к традиционным институтам. Безусловно, увеличение и специализация права, которые являются неизбежными спутниками общественной модернизации, требуют изменений процедуры легитимации, но эти изменения, на наш взгляд, означают необходимость учета общественной практики в демократических процедурах, чтобы решить проблему признания закона в процессе его изменения. Однако это возможно, на наш взгляд, в методологии рационального, но связанного с идеей дискурса.

В современной правовой науке довольно популярной является тема кризиса в праве<sup>44</sup>, что, безусловно, связано с кризисом легитимности<sup>45</sup>. Кризис легитимности современного позитивного права непосредственно связан с процессами модернизации, возникновением в обществе новых противоречий (так называемых социальных патологий современности) и проблемами правового регулирования. Право становится основным средством институционализации общества. В условиях государства всеобщего благоденствия (социального государства) правовое регулирование так или иначе затрагивает все сферы общества, но так как в период модерна оно уже становится самостоятельной системой, которую ряд ученых называют системой «аутопоэзиса», то есть закрытой (термин Никласа Лумана), это приводит к следующим проблемам: юридификации или избытку права, отчуждению граждан от права, иным противоречиям модернизации и рационализации. Указанные явления в современной социальной философии называют «социальные патологии современности»<sup>46</sup>. Причина возникновения патологий правовой модернизации заключается в том, что доминирование позитивного права в системе социальных норм разрушает традиционные общественные связи, что, помимо негативных культурных последствий, приводит и к юридическим проблемам, таким как рост национализма<sup>47</sup>, уменьшение эффективности права, вследствие потери коллективной идентичности<sup>48</sup>. Возникновение в современном обществе таких негативных явлений, как отчуждение человека от власти, избыток права, связано с экспансией позитивного права в сферы традиционного регулирования другими социальными нормами. Выполнение государством социальной функции является необходимым условием для снятия остроты

<sup>40</sup> Чукин С. Г. Там же. С. 94.

<sup>41</sup> MacIntyre A. *After Virtue*. London, 1981; Sandel M. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge, 1982; Taylor M. *Community, Anarchy and Liberty*. Cambridge, 1982.

<sup>42</sup> Фукуяма Ф. Великий разрыв. С. 380.

<sup>43</sup> Подробнее: Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права. Социальное правовое государство: материалы межвузовской конференции. СПб., 2003 г. С. 3–4.

<sup>44</sup> Например: Власенко Н. А. Кризис права: проблемы и подходы к решению. Журнал российского права, 2013. № 8. С. 43–53; Медушевский А. Н. Кризис права как проблема теоретической юриспруденции. Право и общество в эпоху перемен. М., 2008. С. 89–95.

<sup>45</sup> Купцова О. Б. Принцип делиберативности как важнейшая предпосылка взаимодействия социального государства и гражданского общества в эпоху цифровизации. Академический юридический журнал, 2021. Т. 22. № 4 (86). С. 287–296.

<sup>46</sup> Фурс В. Н. Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. М., 2000. С. 224.

<sup>47</sup> См.: Альтерматт У. Этнонационализм в Европе. М., 2000. С. 250.

<sup>48</sup> Проблемы правовой идентичности, несмотря на свою актуальность, для отечественной науки довольно новая проблематика. Она получила освещение лишь в работах Н. В. Исаевой. Например: Исаева Н. В. Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование). М., 2013. С. 416; она же: Теория идентичности в дискурсе теории права и государства. Правоведение, 2012. № 5. С. 117–134.

экономических общественных противоречий, но при этом неизбежным становится правовое регулирование большинства общественных отношений. Расширение предмета правового регулирования и детальная юридическая регламентация поведения граждан в государствах «всеобщего благоденствия» во второй половине XX в. привело к уменьшению эффективности права, несмотря на его количественное увеличение. Отрицательные последствия расширения права можно объяснить с позиции коммуникативной рациональности. Частная сфера общественной жизни регулировалась до формирования социального государства через консенсуальные механизмы согласования действий, основанных преимущественно на моральных правилах. При замене позитивным правом общественных регуляторов, основанных на воспроизводстве культуры, неизбежно возникают общественные патологии. Субъекты отношений перестают ориентироваться на взаимопонимание, юридические правила требуют дальнейшей детализации, что связано с бюрократизацией общественной жизни. Отдельный индивид воспринимает мельчающую регламентацию общества как потерю свободы. При этом субъект, не обладающий специальной юридической квалификацией, не понимает смысла юридических процедур и решений. Все это приводит к потере смысла у современного человека в отношении общественной деятельности, что проявляется, в частности, в падении легитимности права и отчуждении человека от власти.

Для преодоления кризисов правового регулирования и формирования современной правовой политики нужна соответствующая методология. Как справедливо замечает И. Л. Честнов относительно классической теории правового регулирования: «Эта точка зрения сегодня не выдерживает критики, так как не учитывает сложный, до сих пор не проясненный механизм интериоризации (Л. С. Выготский). Сегодня стало очевидно, что внешнее воздействие, в том числе информация, заключенная в нормах права, не детерминирует общественные отношения прямо и непосредственно. Поэтому необходимо учитывать „человеческий фактор“, выражающийся в правовой культуре, опосредующий правовое воздействие на массовое поведение населения»<sup>49</sup>. Здесь следует отметить, что, хотя по проблемам правовой культуры и ментальности в последние два десятилетия проводилось достаточно исследований, взгляд на роль человеческого фактора в правовом регулировании практически не претерпел изменений. Субъекты общественных отношений, по сути, понимаются как объекты правового регулирования, на которые воздействует публичная власть, используя стимулы и ограничения. Но такой целерациональный подход приводит к исключению человека из процесса принятия юридического решения, формализации, бюрократизации социального регулирования, что рождает отчуждение граждан от права, кризис легитимности власти, рост национализма и религиозно-фундаментализма, так как в процессе применения права гражданин не играет самостоятельной роли. Главную функцию в судебных процессах выполняют юристы — граждане при этом не понимают терминов, аргументации принятия решения, что приводит к формализации судопроизводства, отстранению человека от реализации права. Таким образом, можно сделать вывод, что для преодоления патологий модернизации и рационализации позитивного права явно недостаточно позитивистского механистического подхода к праву. С таких позиций абсолютно исключается роль личности и ее прав в правовом регулировании, ибо позитивистская методология не способна на этот аспект понимания права.

Сторонники теории коммуникативной рациональности (прежде всего, Ю. Хабермас) для преодоления указанных выше противоречий (или патологий) современного общества, неизбежно ведущих к кризису легитимности и кризису эффективности правового регулирования, предлагают ряд мер, вытекающих из общих выводов данной теории применительно к правовой сфере. Так как лингвистическая парадигма, понимающая слово как действие, указывает, что в основе всех социальных взаимодействий лежит признание «другого», взаимопонимание, то неизбежным элементом правовой политики является не только принудительность, но и признание субъекта в качестве равного себе. Применительно к праву это означает формальное равенство и обоснование современной модели народного суверенитета — делиберативной демократии<sup>50</sup>. Согласно теории коммуникативной рациональности позитивное право должно сочетать в себе одновременно два качества<sup>51</sup>: фактичность (это аспект, связанный с принудительным характером правовых норм) и значимость (это моральная обоснованность права, человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм). Если позитивное право сводится лишь к «фактичности», то есть основано лишь на принуждении, в сфере коммуникативных взаимодействий, то такое целерациональное, инструментальное воздействие неизбежно приводит к таким негативным последствиям, как кризис легитимности, формализм права. Ценность такого подхода в том, что он методологически обосновывает и объясняет необходимость демократических институтов и это не противоречит формальному равенству и правам субъектов.

Таким образом, доктринальное осмысление комплекса вопросов, связанных с изменениями в праве, должно, на наш взгляд, быть основано на понимании intersubjectивности права, обусловленности норм позитивного права правами личности и демократическим участием граждан. Без учета общественных ценностей изменения в позитивном праве не будут приводить к желаемому результату.

<sup>49</sup> Честнов И. Л. Антропология правового регулирования. Актуальные проблемы теории и истории государства и права: Тезисы международной научно-теоретической конференции. СПбГУ МВД, 2003. С. 22.

<sup>50</sup> Купцова О. Б. Постклассический подход к рациональности права: реалии и перспективы. История государства и права, 2022. № 1. С. 31–35.

<sup>51</sup> Habermas J. *Between Facts and Norm*. Cambridge, 1996.

## Литература

1. *Альтерматт У.* Этнонационализм в Европе. М., 2000.
2. *Аристотель.* Никомахова этика. Соч. в 4 т. Т. 4. М., 1983.
3. *Бауман З.* Индивидуализированное общество. М., 2002.
4. *Бёрк Э.* Размышления о революции во Франции. Сокращенный перевод с английского Е. И. Гельфанд. М.: Рудомино, 1993. [Электронный ресурс]. URL: <http://larevolution.ru/Books/Burke1.html> (дата обращения 23.02.2022).
5. *Бурдые П.* За рационалистический историзм. Социологос постмодернизма. М., 1996.
6. *Власенко Н. А.* Кризис права: проблемы и подходы к решению. Журнал российского права, 2013. № 8. С. 43–53.
7. *Иноземцев В. Л.* Постмодерн, постсовременность. Новая философская энциклопедия. В 4 т. Т. 3. М., 2010.
8. *Исаева Н. В.* Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование). М., 2013.
9. *Исаева Н. В.* Теория идентичности в дискурсе теории права и государства. Правоведение, 2012. № 5. С. 117–134.
10. *Лиотар Ж.-Ф.* Ответ на вопрос: что такое постмодерн? Ступени. Философский журнал, 1994. № 2. С. 87–88.
11. *Лиотар Ж.-Ф.* Состояние постмодерна. СПб., 1998.
12. *Мамут Л. С.* Социальное государство с точки зрения права. Социальное правовое государство: материалы межвузовской конференции. СПб., 2003.
13. *Медушевский А. Н.* Кризис права как проблема теоретической юриспруденции. Право и общество в эпоху перемен. М., 2008. С. 89–95.
14. *Моисеев С. В.* Философия права. Курс лекций. Новосибирск, 2004.
15. *Немытина М. В.* Интерпретации категории «правовая культура». Правовые культуры. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 25 марта 2001 г. Под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. М., РУДН, 2012.
16. *Фукуяма Ф.* Великий разрыв. М., 2004.
17. *Фукуяма Ф.* Доверие. М., 2006.
18. *Фурс В. Н.* Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. М., 2000.
19. *Хабермас Ю.* Философский дискурс о модерне. М, 2003.
20. *Честнов И. Л.* Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права. СПб, 2004.
21. *Честнов И. Л.* Антропология правового регулирования. Актуальные проблемы теории и истории государства и права: тезисы международной научно-теоретической конференции. СПбГУ МВД, 2003.
22. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012.
23. *Чукин С. Г. Ю.* Хабермас versus А. Макинтайр: к вопросу об основаниях современного философствования. Размышление о философии на перекрестке второго и третьего тысячелетий. СПб.: Санкт-Петербургское философское общество, 2002.
24. *Штопка П.* Доверие. Основа общества. М., 2012.
25. *Bridges T.* The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture. Albany: State University of New York Press, 1991.
26. *Douzinas C.* Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law. New York: Routledge, 1991.
27. *Farrel F.* Subjectivity, Realism and Postmodernism: The Recovery of the World. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
28. *Habermas J.* Between Facts and Norm. Cambridge, 1996.
29. *MacIntyre A.* After Virtue. London, 1981.
30. *Raz J.* Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.
31. *Sandel M.* Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge, 1982.
32. *Taylor M.* Community, Anarchy and Liberty. Cambridge, 1982.

## References

1. Altermatt, U. Ethnonationalism in Europe [Ehtnonatsionalizm v Evrope]. М., 2000. (Transl. from German.)
2. Aristotle. Nicomachean ethics. Op. in 4 vol. [Nikomakhova ehika. Soch. v 4 t.]. Т. 4. М., 1983. (In Rus.)
3. Bauman, Z. Individualized society [Individualizirovannoe obshchestvo]. М., 2002. (Transl. from English.)
4. Burke, E. Reflections on the Revolution in France [Razmyshleniya o Revolyutsii vo Frantsii]. Abridged translation from English by E. I. Gelfand. М.: Rudomino, 1993. [Electronic resource]. URL: <http://larevolution.ru/Books/Burke1.html> (access date 23.02.2022). (Transl. from English.)
5. Bourdieu, P. For rationalistic historicism. Sociologist of postmodernism [Za ratsionalisticheskii istorizm. Sotsiologos postmodernizma]. М., 1996. (Transl. from French.)
6. Vlasenko, N. A. Crisis of law: problems and approaches to solution [Krizis prava: problemy i podkhody k resheniyu]. Journal of Russian Law [Zhurnal rossiiskogo prava], 2013. No. 8. P. 43–53.

7. Inozemtsev, V. L. Postmodernity, postmodernity [Postmodern, postsovremennost']. New Philosophical Encyclopedia. In 4 vol. [Novaya filosofskaya ehntsiklopediya. V 4 t.]. T. 3. M., 2010. (In Rus.)
8. Isaeva, N. V. Legal identity (theoretical and legal research) [Pravovaya identichnost' (teoretiko-pravovoe issledovanie)]. M., 2013.
9. Isaeva, N. V. Idea of identity in the discourse of the theory of state and law [Teoriya identichnosti v diskurse teorii prava i gosudarstva]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2012. No. 5. P. 117–134.
10. Lyotard, J.-F. Answer to the question: what is postmodern? [Otvet na vopros: chto takoe postmodern?]. Steps. Philosophical journal [Stupeni. Filosofskii zhurnal], 1994. No. 2. P. 87–88. (Transl. from French.)
11. Lyotard, J.-F. Postmodern status [Sostoyanie postmoderna]. SPb., 1998. (Transl. from French.)
12. Mamut, L. S. Social state from the point of view of law. Social legal state: materials of the interuniversity conference [Sotsial'noe gosudarstvo s tochki zreniya prava. Sotsial'noe pravovoe gosudarstvo: materialy mezhvuzovskoi konferentsii]. St. Petersburg, 2003. (In Rus.)
13. Medushevsky, A. N. The crisis of law as a problem of theoretical jurisprudence. Law and society in an era of change [Krizis prava kak problema teoreticheskoi yurisprudentsii. Pravo i obshchestvo v ehpokhu peremen]. M., 2008. P. 89–95. (In Rus.)
14. Moiseev, S. V. Philosophy of law. Lecture course [Filosofiya prava. Kurs lektsii]. Novosibirsk, 2004. (In Rus.)
15. Nemytina, M. V. Interpretations of the category “legal culture” [Interpretatsii kategorii «pravovaya kul'tura»]. Legal cultures. Zhidkov Readings: Proceedings of the All-Russian Scientific Conference [Pravovye kul'tury. Zhidkovskie chteniya: Materialy Vserossiiskoi nauchnoi konferentsii]. Moscow, March 25, 2001. Ed. G. I. Muromtsev, M. V. Nemytina. M., RUDN University, 2012. (In Rus.)
16. Fukuyama, F. The Great Rupture [Velikii razryv]. M., 2004. (Transl. from English.)
17. Fukuyama, F. Trust [Doverie]. M., 2006. (Transl. from English.)
18. Furs, V. N. Philosophy of unfinished modern Jurgen Habermas [Filosofiya nezavershennogo moderna Yurgena Khabermasa]. Minsk, 2000. (In Rus.)
19. Habermas, Y. Philosophical discourse on modernity [Filosofskii diskurs o moderne]. M., 2003. (Transl. from German.)
20. Chestnov, I. L. Actual problems of the theory of state and law. Epistemology of state and law [Aktual'nye problemy teorii gosudarstva i prava. Ehpistemologiya gosudarstva i prava]. St. Petersburg, 2004. (In Rus.)
21. Chestnov, I. L. Anthropology of legal regulation. Actual problems of the theory and history of state and law: Abstracts of the international scientific-theoretical conference [Antropologiya pravovogo regulirovaniya. Aktual'nye problemy teorii i istorii gosudarstva i prava: Tezisy mezhdunarodnoi nauchno-teoreticheskoi konferentsii]. St. Petersburg State University of the Ministry of Internal Affairs, 2003. (In Rus.)
22. Chestnov, I. L. Postclassical theory of law [Postklassicheskaya teoriya prava]. SPb., 2012. (In Rus.)
23. Chukin, S. G. Yu. Habermas versus A. McIntyre: on the question of the foundations of modern philosophizing. Reflection on philosophy at the crossroads of the second and third millennia [Yu. Khabermas versus A. Makintair: k voprosu ob osnovaniyakh sovremennogo filosofstvovaniya. Razmyshlenie o filosofii na perekrestke vtorogo i tret'ego tysyacheletii]. St. Petersburg: St. Petersburg Philosophical Society, 2002. (In Rus.)
24. Shtompka, P. Trust. The basis of society [Doverie. Osnova obshchestva]. M., 2012. (Transl. from Polish.)
25. Bridges, T. The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture. Albany: State University of New York Press, 1991.
26. Douzinas, C. Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law. New York: Routledge, 1991.
27. Farrel, F. Subjectivity, Realism and Postmodernism: The Recovery of the World. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
28. Habermas, J. Between Facts and Norm. Cambridge, 1996.
29. MacIntyre, A. After Virtue. London, 1981.
30. Raz, J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.
31. Sandel, M. Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge, 1982.
32. Taylor, M. Community, Anarchy and Liberty. Cambridge, 1982.

# ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА: К ПРОГРЕССУ ИЛИ РЕГРЕССУ?

**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

Настоящее исследование преследует две цели: сопоставить современные тенденции развития права и государства в России с критериями прогресса, выдвинутыми в свое время П. А. Сорокиным и С. С. Алексеевым; определить состояние теории государства и права и выявить основные тенденции ее развития. На основании постклассических методологических предпосылок, лежащих в основе коммуникативной теории права, автор приходит к выводу о том, что современное состояние права и государства в России нельзя охарактеризовать как прогрессивное, согласно выбранным критериям. Для развития же в сторону прогресса государству необходимо выстраивать двустороннюю симметричную коммуникацию с обществом, основанную на принципе взаимного признания. Теорию государства и права, застывшую в позитивистском подходе, предлагается развивать в сторону социолого-коммуникативного направления — исследования права и государства как сложных, многоаспектных феноменов, центральным субъектом и целью которых выступает личность, обладающая достоинством и правосубъектностью.

**Ключевые слова:** прогресс, регресс, П. А. Сорокин, С. С. Алексеев, постклассическая методология, коммуникативная теория права, идея права, идея государства, принцип взаимного признания.

## TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF LAW AND THE STATE: TO PROGRESS OR TO REGRESS?

**Iya I. Osvetimskaya**

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, PhD in Jurisprudence; osv.iya@gmail.com

## ABSTRACT

This paper has two aims: to compare the current trends in the development of the law and the state in Russia with the criteria of progress put forward by P. A. Sorokin and S. S. Alekseev; determine the position of the theory of law and state and identify the main trends in its development. Based on the postclassical methodological approach underlying the communicative theory of law, the author comes to the conclusion that the current trends in the development of the law and the state in Russia are far from to be characterized as progressive, according to the chosen criteria. To develop it in the direction of progress, the state needs to build a dialogue symmetric communication with society, based on the principle of mutual recognition. The theory of law and state, frozen in a positivistic approach, is proposed to be developed towards a sociological-communicative direction — the study of law and the state as complex, multidimensional phenomena, the central subject and purpose of which is a person with dignity and mutual rights and obligations.

**Keywords:** progress, regression, P. A. Sorokin, S. S. Alekseev, postclassical methodology, communicative theory of law, idea of law, idea of state, principle of mutual recognition.

---

Право и государство, как и любые иные феномены общественной жизни, подвержены историческим изменениям. В связи с этим одна из задач теории и философии права — определить тенденции их развития.

Исторический взгляд на развитие права и государства, казалось бы, позволяет говорить об их развитии в сторону совершенствования и гуманизма.

Во-первых, история развития права демонстрирует поступательный переход от запретительных методов регулирования к дозволительным, направленным на защиту и реализацию субъективных прав.

Во-вторых, защита прав человека закрепляется на международном уровне; международные стандарты к правам человека становятся обязательными для национальных правовых порядков; право призвано учитывать интересы личности.

В-третьих, за государствами признается суверенитет, но он не должен приводить к ущемлению прав человека; деятельность государственных органов становится более прозрачной и открытой, подконтрольной гражданскому обществу.

В-четвертых, развитие информационных технологий позволяет ускорять процессы как правотворчества, так и реализации права, в том числе правоприменения (общественные обсуждения законопроектов на портале [regulation.gov.ru](http://regulation.gov.ru), получение государственных услуг через мобильное приложение «Госуслуги», оплата государственных пошлин и штрафов одним кликом и т. д.).

Однако сказанное еще ничего не говорит о направленности данных изменений, а такая направленность может иметь как прогрессивный, так и регрессивный характер. Но чтобы определить направленность, необходимы критерии.

Как писал в свое время П. А. Сорокин, «предварительно мы должны решить вопрос: какими объективными мерками мы можем определить, приближается ли правовое состояние человечества с ходом истории к... идеальному состоянию или удаляется от него?»<sup>1</sup>.

В своей работе «Правовой прогресс человечества и основные законы развития права» П. А. Сорокин отмечал, что критерий прогресса права и способы измерения такого прогресса базируются на определенных постулатах, а именно: свободное развитие личности, гуманизация начал общественной жизни. В частности, «если с поступательным ходом истории право все более и более раскрепощает личность, увеличивает ее свободу и ее основные права, все более и более ценит интересы ее развития, это будет первым доказательством правового прогресса человечества»<sup>2</sup>. Идеалом права, по мысли П. А. Сорокина, является «право взаимной солидарности и любви людей друг к другу, как право социально-благожелательного поведения»<sup>3</sup>.

Так, в указанном выше тезисе П. А. Сорокина четко обозначены социальные идеалы, которые, по мнению философа, воплощают прогрессивную направленность развития общества, право же выступает здесь в качестве средства для их достижения. Соответственно, прогресс или регресс права будет соотноситься с возможностью реализовать или не реализовать данные идеалы. В этом плане критерием прогресса права будет выступать то, насколько оно соответствует прогрессивному развитию общества в целом.

«Если окажется, что поступательным ходом истории право и поведение людей все более и более приближаются к идеальному обществу, построенному на праве взаимной любви и солидарности, это будет означать прогресс и улучшение правового состояния человечества. Если, наоборот, с поступательным ходом истории поведение людей и право обществ удаляются от такого состояния общества и права, это будет свидетельством правового регресса человечества»<sup>4</sup>.

Далее П. А. Сорокин выводит множество законов, находящихся свое подтверждение в истории и свидетельствующих о прогрессивном развитии права. Но при этом конечным пределом развития права он считает уничтожение самого права, преодоление его и превращение из «обязательно-принудительной» нормы в норму свободную, органически присущую самому человеку. П. А. Сорокин сравнивает право с дрессировщиком, задача которого заключается в том, чтобы приспособить людей к жизни в обществе. «Вот почему пределом развития права является его упразднение. Вот почему верно положение: право нужно было для того, чтобы уничтожить право и сделать его излишним»<sup>5</sup>. Сверхчеловек, стоящий выше современного добра и зла, стоящий выше права, не знающий извне навязываемого «долга» и «обязанности», полный действенной любви к сочеловекам, — таков предел, к которому ведет история человечества.

Однако представляется, что взгляды П. А. Сорокина на общество слишком возвышенные. Ибо достичь состояния такого сверхчеловека в земной жизни не представляется возможным. А основная цель права скорее заключается в том, чтобы обеспечить свободу личности от произвола власти.

Об этом весьма точно писал С. С. Алексеев: «С социально-политической, гуманитарной стороны правовой прогресс состоит в таком развитии права в мировой истории, при котором с его помощью утверждаются общечеловеческие, общедемократические ценности, начала законности, противостоящие произволу и беззаконию, формируется демократическое гражданское общество, неотъемлемым элементом которого становится право, сильное и эффективное»<sup>6</sup>. С. С. Алексеев развивал представление о социальном прогрессе как прогрессе правовом, о том, что вне права и без права нет социального развития, прогресса, что именно в праве он находит естественное, необ-

<sup>1</sup> Сорокин П. А. Правовой прогресс человечества и основные законы развития права. Партнерство цивилизаций, 2014. № 1–2. С. 302.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же. С. 301.

<sup>4</sup> Сорокин П. А. Указ соч. С. 301–302.

<sup>5</sup> Там же. С. 326.

<sup>6</sup> Алексеев С. С. Теория права. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1995. С. 182.

ходимое воплощение. В качестве основной цели права он определял служение личности, обеспечение ее свободы от произвола власти.

Таким образом, прогресс права измеряется естественно-правовой «линейкой», **осуществлением прав человека и гражданина**, достижением социально-правового идеала. Главным пунктом социально-правового прогресса должно быть построение правового государства.

Интересно, что С. С. Алексеев первоначально выделил четыре основные ступени в развитии права: право сильного, кулачное право, право власти, право гражданского общества. Позже он уточнил данную схему ступеней правового развития (прогресса): во-первых, кулачное право он включил в право сильного, тем самым лишив его статуса отдельной ступени; во-вторых, выделил новый этап в «правовой лестнице» — право государства (между правом власти и правом гражданского общества); в-третьих, предложил иное наименование заключительной ступени — «гуманистическое право»<sup>7</sup>. Под последним понимается высшая ступень правового развития. В основе нормативного регулирования общественных отношений здесь лежит **идея естественных неотчуждаемых прав человека**, они являются критериями правомерности, законности принимаемых государством социальных норм. Гуманистические идеалы, **принципы правового государства** должны определять вектор общественного развития, организации социума.

Смею предположить, что указанные принципы С. С. Алексеев пытался отразить в Конституции Российской Федерации 1993 года, являясь одним из ее авторов. Конституция 1993 г. закрепляла ценности республиканизма (народовластия) и федерализма — ценности, присущие современному цивилизованному обществу. Кроме того, достоинством Конституции являлись закрепленные в ней идеи политического плюрализма, равенства всех перед законом, разделения властей и безусловного приоритета прав и свобод личности. В связи с этим представляет особый интерес проследить, насколько соответствуют или противоречат критериям, ведущим к прогрессу права, выделенным С. С. Алексеевым, последние поправки в Конституцию Российской Федерации, принятые в марте 2020 г.

Многие ученые-конституционалисты отмечают, что основные важнейшие ценности, признаваемые на уровне мирового сообщества, которые были отражены в Конституции 1993 г., такие как демократия, права человека и верховенство права, становятся невозможными для реализации из-за внесенных поправок<sup>8</sup>. Так, по мнению Е. А. Лукьяновой, поправки, устанавливающие приоритет Конституции над нормами международного права, сокращающие численность судей Конституционного суда, новые основания прекращения полномочий судей отдельных судов создают невозможность реализации принципа верховенства права. Поправки, касающиеся перераспределения полномочий от парламента к президенту, о снижении независимости органов местного самоуправления препятствуют реализации принципа разделения властей<sup>9</sup>. «Нынешними поправками конституционализируются те „достижения“ демократизации, которые имели место за последние 20 лет»<sup>10</sup>.

Поправки, касающиеся норм международного права, как отмечает Е. Мишина, стали закономерным завершением практически 10-летнего стремления создать легитимные возможности не исполнять постановления ЕСПЧ, прикрываясь национальным суверенитетом и Конституцией<sup>11</sup>.

Согласно А. Н. Медушевскому «поправки создают гиперцентрализованную систему, где публичный интерес преобладает над любым частным интересом: все уровни управленческой иерархии и институты власти подчинены поддержанию функционального единства, воплощенного и выраженного в институте главы государства. Данный тип политической системы актуализирует ряд устойчивых исторических стереотипов общественного восприятия — пассивность общества, слабость парламентаризма, преобладание государства и патерналистских ожиданий, зависимость судебной системы и устойчивость приверженности к сильной личности, стоящей над правом и институтами»<sup>12</sup>.

Как подчеркивает Е. Г. Ершов: «Утвердившийся неконституционный режим “президентского правления” несовместим с обеспечением приоритета прав и свобод граждан как фундаментального признака правового государства»<sup>13</sup>.

Думаю, есть все основания полагать, что такого рода изменения в праве не соответствуют представлениям ни П. А. Сорокина, ни С. С. Алексеева о прогрессивном развитии права и общества.

<sup>7</sup> См.: *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997. С. 72; *Алексеев С. С.* Право — азбука, теория, философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 296; *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 222.

<sup>8</sup> *Лукьянова Е. А.* Конституционная идентичность и форма правления. Деконструкция Конституции. Что нужно и что не нужно менять в российском основном законе. Серия «Либеральная миссия — Экспертиза». Вып. 8. Под ред. К. Рогова. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2020. С. 24–25.

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> Там же. С. 23.

<sup>11</sup> *Мишина Е.* Формулы регресса: карманный суд и возврат к доктрине трансформации. Деконструкция Конституции. Что нужно и что не нужно менять в российском основном законе. Серия «Либеральная миссия — Экспертиза». Вып. 8. Под ред. К. Рогова. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2020. С. 49.

<sup>12</sup> *Медушевский А. Н.* «Возрождение Империи? Российская конституционная реформа — 2020 на фоне глобальных изменений» [Электронный ресурс]. Вестник Европы. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (дата обращения: 15.08.2021).

<sup>13</sup> *Ершов Ю. Г.* К вопросу о поправках в Конституцию Российской Федерации — 2020. Социум и власть, 2020. № 2 (82). С. 42.

Представляется также интересным проследить, каковы тенденции изменений в науке о праве и государстве. Если говорить о государстве, то необходимость научного осмысления современных процессов глобализации и цифровизации выдвинула на первый план проблему исследования **идеи** государства, ее соотношения с фактическим состоянием государства, ее будущего с позиций социологического и коммуникативного подходов. В теории государства и права, в философии и социологии права проблематика, связанная с государством, становится актуальной в связи с формированием постклассических подходов к исследованию права, что в свою очередь требует соответствующих исследований понятия «государство». Тем не менее большинство исследований государства можно отнести к классической методологической парадигме, в рамках которой сохраняется дуализм идеального и материального, должного и сущего, отсутствие человекообразности, двусторонней коммуникации между государством и обществом и, в целом, сохраняется пропозитивистский подход.

Например, В. М. Сырых определяет государство следующим образом: «Государство представляет собой аппарат, машину для управления делами классового общества и по преимуществу в интересах экономически господствующего класса»<sup>14</sup>. Н. И. Матузов и А. В. Малько дают следующее определение государству: «государство — это организация политической власти, содействующая преимущественному осуществлению конкретных классовых, общечеловеческих, религиозных, национальных и других интересов в пределах определенной территории»<sup>15</sup>. И далее в этом же духе практически во всех учебниках по теории права и государства.

Однако в настоящее время становятся очевидными и недостаточность, и ограниченность данного подхода к постижению сущности государства, невозможность его применения в качестве единственной методологической и философской основы познания государственно-правовых форм организации жизни общества. Понимание под сущностью государства его классовой природы, машины, орудия для насилия одного класса над другим, обеспечение эксплуатации одних над другими оставляет за гранью рассуждений многие его иные характеристики. Кроме того, при таком теоретическом понимании сущности государства становятся понятными и те практические выводы, которые служат основой деятельности власти. Дело в том, что созерцание чистой сущности явления не освобождено от искаженного восприятия в силу существования его в бытийственном мире как раз не в чистой своей сущности», а в некоем «испорченном» варианте. Поэтому для описания любого феномена всегда нужно учитывать цель, ради которой этот феномен существует, некую его идею. Поэтому так важно при исследовании государства говорить не только о сущем, но и о должном, не забывая о той цели, ради которой оно вообще создается.

А. В. Поляков и Е. В. Тимошина призывают учитывать, что у государства помимо внешних (формальных) признаков есть «внутренние (глубинные), позволяющие охарактеризовать государство как явление, имеющее коммуникативную публично-правовую природу»<sup>16</sup>. «Государство в этом коммуникативном ракурсе <...> предстает не как нечто чуждое и насильственно навязываемое обществу и не как средство, инструмент в руках гражданского общества, а как единый с обществом социокультурный и духовный феномен. Государство возрастает вместе с обществом и представляет собой институционализированную форму его этнических и социокультурных особенностей. Оно есть формообразующее основание для национальной и культурной идентичности»<sup>17</sup>. И. Л. Честнов также показывает многогранность государства, «проявляющуюся в механизме его воспроизводства»<sup>18</sup>, диалогичность как «взаимообусловленность, взаимопереход должного и сущего, идеального и материального»<sup>19</sup>.

Н. В. Разуваев развивает семиотико-конструктивистский подход к познанию сущности государства, подчеркивая при этом ценностную составляющую данного института: «Ценностная значимость государства находит свое отражение и закрепление в конституциях многих современных государств, где провозглашаются идеи свободы, равенства, верховенства права, прежде всего прав и свобод человека, а также иные ценностно-значимые высказывания, утверждению которых в социальной реальности способствует деятельность правового демократического государства наших дней»<sup>20</sup>.

Мне представляется, что государство всегда являет собой форму организации жизни общества. Оно не отделено от общества, не стоит особняком от него, а растворяется в нем. Это такое состояние социальной коммуникации, которое на определенном этапе развития общества обретает институционализированную форму единения публичной власти и народа посредством права на одной территории<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. [Электронный ресурс]. ЛитРес. URL: <https://www.litres.ru/vladimir-syryh/teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-dlya-vuzov/chitat-onlayn/page-2/> (дата обращения: 15.08.2021).

<sup>15</sup> Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. Москва: Юристъ, 2004. С. 27.

<sup>16</sup> Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. Учебник. СПб.: Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2005. С. 213–214.

<sup>17</sup> Там же. С. 214.

<sup>18</sup> Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Учебное пособие. В 2 ч. Часть 1. Актуальные проблемы теории государства. И. Л. Честнов. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации, 2019. С. 14.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Разуваев Н. В. Государство как правовая конструкция. Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2016. № 2. С. 117.

<sup>21</sup> См. подробнее об этом: Осветимская И. И. Коммуникация как конститутивный признак государства (в контексте глобализации). Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2014. № 6. С. 118–127; Осветимская И. И. Государство в условиях глобализации: теоретико-правовое исследование. Дис. к. ю. н. И. И. Осветимской. СПб., 2016.

Социолого-коммуникативный подход к познанию сущности государства дает возможность проникнуть к глубинным истокам этого социального института. Во-первых, он позволяет отобразить в единстве и важнейшие аспекты действительной структуры такого социального института, как государство, и идею, ради которой оно создается. Во-вторых, с помощью этого подхода становится возможным устранить олицетворение государства только лишь со служащими государственного аппарата, как будто все остальные члены общества сводятся к пассивным объектам, на которых направлено действие аппарата государства. В-третьих, обосновывает необходимость двустороннего коммуникативного дискурса между аппаратом государства и обществом.

Несомненно, целью государства как такового является всеобщий интерес. Всеобщий интерес находится в постоянном конфликте с интересом частным, аппарат государства всегда находится в состоянии раскола с гражданским обществом. Этим дуализмом характеризуется взаимоотношение общества и государства, что тем не менее оставляет их в рамках единства. Согласно канадскому исследователю Прованшеру, «основным вызовом для общественных наук в XXI в. является примирение социального порядка и индивидуальной автономии»<sup>22</sup>. «Коммуникация означает быть свободным, но вместе с тем признавать другого как равного себе, опираясь на связывающие нас институты»<sup>23</sup>.

Именно по этой причине государство как внешняя форма должно отвечать своему внутреннему содержанию и цели — потребностям общества. Здесь можно вспомнить И. Канта, который писал, что «Гражданскую свободу нельзя сколько-нибудь значительно нарушить, не нанося ущерба всем отраслям хозяйства, особенно торговле, а тем самым не ослабляя сил государства в его внешних делах...»<sup>24</sup>. Чтобы цель государства как выражения общности сочеталась с его ролью осуществления баланса интересов, оно должно брать на себя миссию компромисса между разнонаправленными силами и интересами общества — иными словами, каждый раз находить форму разрешения заключенных в самом себе противоречий. При этом нельзя забывать, что государство второстепенно по отношению к человеческой личности. Не человек создан для государства, а государство — для человека, для организации его бытия во взаимодействии с другими людьми. И первоочередная задача и права, и государства заключается в том, чтобы организовывать это взаимодействие наилучшим образом. А это в свою очередь возможно только в том случае, если коммуникация между государственной властью и обществом будет выстраиваться по модели двусторонней симметричной коммуникации — такого субъект-субъектного взаимодействия, когда общество выступает не объектом воздействия, а полноценным партнером, принимая активное участие в установлении правил поведения.

Двусторонняя симметричная коммуникация возможна только на основании осуществления принципа правового признания — признания равного достоинства личностей и их равной правосубъектности<sup>25</sup>.

Представляется, что если тенденции развития коммуникации между государством и обществом будут направлены в сторону построения двусторонней симметричной коммуникации, то такое развитие государства будет стремиться к прогрессу.

## Литература

1. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001.
2. *Алексеев С. С.* Право — азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999.
3. *Алексеев С. С.* Теория права. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1995.
4. *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997.
5. *Антонов М. В.* Право и коммуникация. Рецензия на книгу: Provencher G. Droit et Communication: Liaisons Constates. Reflexions sur la Relation entre la Communication et le Droit. Bruxelles: E. M. E., 2013. 204 p. Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2014. № 4. С. 270–276.
6. *Ершов Ю. Г.* К вопросу о поправках в Конституцию Российской Федерации — 2020. Социум и власть, 2020. № 2 (82). С. 41–49.
7. *Кант И.* К вечному миру (сборник). [Пер с нем. И. Д. Колцева, И. А. Шапиро, Ц. Г. Арзаканьяна, Ю. Н. Попова, Н. Виндельберга, А. В. Гулыги, И. С. Андреевой, М. И. Левиной; вступит. ст. А. В. Гасилина; сост. Б. В. Подорги]. М.: Рипол-классик, 2019.
8. *Лукьянова Е. А.* Конституционная идентичность и форма правления. Деконструкция Конституции. Что нужно и что не нужно менять в российском основном законе. Серия «Либеральная миссия — Экспертиза». Вып. 8. Под ред. К. Рогова. Москва: Фонд «Либеральная миссия», 2020.

<sup>22</sup> Цит. по: *Антонов М. В.* Право и коммуникация. Рецензия на книгу: Provencher G. Droit et Communication: Liaisons Constates. Reflexions sur la Relation entre la Communication et le Droit. Bruxelles: E. M. E., 2013. 204 p. Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2014. № 4. С. 273–274.

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> *Кант И.* К вечному миру (сборник). [Пер с нем. И. Д. Колцева, И. А. Шапиро, Ц. Г. Арзаканьяна, Ю. Н. Попова, Н. Виндельберга, А. В. Гулыги, И. С. Андреевой, М. И. Левиной; вступит. ст. А. В. Гасилина; сост. Б. В. Подорги]. М.: Рипол-классик, 2019. С. 44–45.

<sup>25</sup> См. подробнее об этом: *Поляков А. В.* Эффективность правового регулирования: коммуникативный подход. Эффективность правового регулирования. Под ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М.: Проспект, 2017. С. 11–25; *Поляков А. В.* Коммуникативный смысл действительности права, его признания и идеи справедливости. Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт: сборник трудов международной научной конференции. Под ред. М. А. Беляева, В. В. Денисенко. Воронеж: Наука-Юнипресс, 2020. С. 9–19.

9. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. Москва: Юрист, 2004.
10. Медушевский А. Н. «Возрождение Империи? Российская конституционная реформа — 2020 на фоне глобальных изменений». Вестник Европы [Электронный ресурс]. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (дата обращения: 15.08.2021).
11. Мишина Е. Формулы регресса: карманный суд и возврат к доктрине трансформации. Деконструкция Конституции. Что нужно и что не нужно менять в российском основном законе. Серия «Либеральная миссия — Экспертиза». Вып. 8. Под ред. К. Рогова. Москва: Фонд «Либеральная миссия», 2020.
12. Осветимская И. И. Государство в условиях глобализации: теоретико-правовое исследование. Дис. к. ю. н. И. И. Осветимской. СПб., 2016.
13. Осветимская И. И. Коммуникация как конститутивный признак государства (в контексте глобализации). Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2014. № 6. С. 118–127.
14. Поляков А. В. Коммуникативный смысл действительности права, его признания и идеи справедливости. Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт: сборник трудов международной научной конференции. Под ред. М. А. Беляева, В. В. Денисенко. Воронеж: Наука-Юнипресс, 2020.
15. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб.: Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2005.
16. Поляков А. В. Эффективность правового регулирования: коммуникативный подход. Эффективность правового регулирования. Под ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М.: Проспект, 2017.
17. Разуваев Н. В. Государство как правовая конструкция. Известия высших учебных заведений. Правоведение, 2016. № 2. С. 110–121.
18. Сорокин П. А. Правовой прогресс человечества и основные законы развития права. Партнерство цивилизаций, 2014. № 1–2. С. 298–327.
19. Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. ЛитРес. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.litres.ru/vladimir-syryh/teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-dlya-vuzov/chitat-onlayn/page-2/> (дата обращения: 15.08.2021).
20. Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Учебное пособие. В 2 ч. Часть 1. Актуальные проблемы теории государства. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) университета прокуратуры Российской Федерации, 2019.

## References

1. Alekseev, S. S. Rise to the right. Searches and solutions [Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya]. M., 2001. (In rus.)
2. Alekseev, S. S. Law: ABC — Theory — Philosophy: An Experience of Comprehensive Research [Pravo: azbuka — teoriya — filosofiya: Opyt kompleksnogo issledovaniya]. M., 1999. (In rus.)
3. Alekseev, S. S. Theory of Law. Ed. 2nd, revised. and additional M., 1995. (In rus.)
4. Alekseev, S. S. Philosophy of law [Filosofiya prava]. M., 1997. (In rus.)
5. Antonov, M. V. Law and communication. Book Review: Provencher G. Droit et Communication: Liaisons Constates. Reflexions sur la Relation entre la Communication et le Droit. Bruxelles: E. M. E., 2013. 204 p. [Pravo i kommunikatsiya. Retsenzziya na knigu: Provencher G. Droit et Communication: Liaisons Constates. Reflexions sur la Relation entre la Communication et le Droit. Bruxelles: E. M. E., 2013. 204 p.]. News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie], 2014. No. 4. P. 270–276. (In rus.)
6. Ershov, Y. G. On the issue of amendments to the Russian Federation Constitution — 2020 [K voprosu o popravkakh v Konstitutsiyu Rossiiskoi Federatsii — 2020]. Socium and Power [Sotsium i vlast' ], 2020. No. 2 (82). P. 41–49. (In rus.)
7. Kant, I. To the eternal world (collection) [K vechnomu miru (sbornik)]. [Translated from germ. I. D. Koptsev, I. A. Shapiro, Ts. G. Arzakanyan, Yu. N. Popov, N. Vindelberg, A. V. Gulyga, I. S. Andreeva, M. I. Levina; enter. art. A. V. Gasilina; comp. B. V. Podorgij]. M.: RIPOL classic, 2019. (In rus.)
8. Lukyanova, E. A. Constitutional identity and form of government. Deconstruction of the Constitution. What should and should not be changed in the Russian Basic Law [Konstitutsionnaya identichnost' i forma pravleniya. Dekonstruktsiya Konstitutsii. Chto nuzhno i chto ne nuzhno menyat' v rossiiskom osnovnom zakone]. Series "Liberal Mission — Expertise". Issue 8 [Seriya "Liberal'naya missiya — Ehkspertiza". Vyp. 8]. Ed. K. Rogova. Moscow: Liberal Mission Foundation [Fond "Liberal'naya Missiya"], 2020. (In rus.)
9. Matuzov, N. I., Malko, A. V. Theory of state and law: textbook [Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik]. Moscow: Yurist, 2004.
10. Medushevsky, A. N. "Revival of the Empire? Russian Constitutional Reform 2020 Against the Background of Global Changes" ["Vozrozhdenie Imperii? Rossiiskaya konstitutsionnaya reforma — 2020 na fone global'nykh izmenenii"]. Herald of Europe [Vestnik Evropy] [Electronic resource]. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (access date: 15.08.2021). (In rus.)

11. Mishina, E. Formulas of regression: pocket judgment and return to the doctrine of transformation. Deconstruction of the Constitution. What should and should not be changed in the Russian Basic Law [Formuly regressa: karmannyi sud i vozvrat k doktrine transformatsii. Dekonstruksiya Konstitutsii. Chto nuzhno i chto ne nuzhno menyat' v rossiiskom Osnovnom Zakone]. Series "Liberal Mission — Expertise". Issue 8 [Seriya "Liberal'naya missiya — Ehksperta". Vyp. 8]. Ed. K. Rogova. Moscow: Liberal Mission Foundation [Fond "Liberal'naya Missiya"], 2020. (In rus.)
12. Osvetimskaya, I. I. State in the context of globalization: theoretical and legal research. dis. <...> of PhD candidate [Gosudarstvo v usloviyakh globalizatsii: teoretiko-pravovoe issledovanie. dis. <...> k. yu. n.]. SPb., 2016. (In rus.)
13. Osvetimskaya, I. I. Communication as a Constitutive Feature of the State (in the Context of Globalization). News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie], 2014. No. 6. P. 118–127. (In rus.)
14. Polyakov, A. V. The communicative meaning of the reality of law, its recognition and the idea of justice [Kommunikativnyi smysl deistvitel'nosti prava, ego priznaniya i idei spravedlivosti]. Legal communication of the state and society: domestic and foreign experience: Proceedings of the international scientific conference [Pravovaya kommunikatsiya gosudarstva i obshchestva: otechestvennyi i zarubezhnyi opyt: Sbornik trudov mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii]. Ed. M. A. Belyaev, V. V. Denisenko. Voronezh: SCIENCE-UNIPRESS [NAUKA-YUNIPRESS], 2020. (In rus.)
15. Polyakov, A. V., Timoshina, E. V. General theory of law. Textbook [Obshchaya teoriya prava. Uchebnik]. SPb.: Law Faculty Publishing House of St. Petersburg State University [Izd-vo yurid. f-ta SPBGU], 2005. (In rus.)
16. Polyakov, A. V. Efficiency of legal regulation: a communicative approach. Effectiveness of legal regulation [Ehffektivnost' pravovogo regulirovaniya: kommunikativnyi podkhod. Ehffektivnost' pravovogo regulirovaniya]. Ed. A. V. Polyakov, V. V. Denisenko, M. A. Belyaev. M.: Prospekt, 2017. (In rus.)
17. Razuvaev, N. V. The State as a Legal Concept. News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie], 2016. No. 2. P. 110–121. (In rus.)
18. Sorokin, P. A. Legal progress of mankind and basic laws of development of law [Pravovoi progress chelovechestva i osnovnye zakony razvitiya prava]. Partnership of Civilizations [Partnerstvo tsivilizatsii], 2014. No. 1–2. P. 298–327. (In rus.)
19. Syrykh, V. M. Theory of State and Law: Textbook [Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik]. 6th ed., revised and add. LitRes. [Electronic resource]. URL: <https://www.litres.ru/vladimir-syryh/teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-dlya-vuzov/chitat-onlayn/page-2/> (access date: 15.08.2021). (In rus.)
20. Chestnov, I. L. Actual problems of the theory of state and law. Tutorial. In 2 parts. Part 1. Actual problems of the theory of state [Aktual'nye problemy teorii gosudarstva i prava. Uchebnoe posobie. V 2 ch. Chast' 1. Aktual'nye problemy teorii gosudarstva]. I. L. Chestnov. St. Petersburg: St. Petersburg Law Institute (branch) of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, 2019. (In rus.)

# МОДЕЛИРОВАНИЕ В ПРАВЕ КАК СПОСОБ ПОЗНАНИЯ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ

**Тринитка Дарья Геннадьевна**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», преподаватель, аспирант; d.trinitka@hse.ru

## АННОТАЦИЯ

В данной статье обосновывается необходимость применения такого научного метода, как моделирование в правовой сфере. Раскрывается понятие моделирования как гипотетической конструкции, используемой для выстраивания предположений в правоприменительной деятельности, а также в качестве постсобытийного отражения существующих феноменов правовой действительности. Представлен анализ методологических принципов, на которых строится правовое моделирование. Автор делает акцент на философско-правовом измерении моделей, что позволяет фундаментализировать не только телеологический аспект применения моделей, но и субъективно-рациональный. Представлено обоснование приращения научного юридического знания при помощи такого подвида научного моделирования, как правовое обоснование. На основе проведенного исследования автор обосновывает необходимую взаимосвязь между теорией и практикой в юриспруденции, из синергии которой вырастает моделирование в праве.

**Ключевые слова:** моделирование, правовое обоснование, теоретическая и практическая юриспруденция, методология права, прогнозирование правоприменительной деятельности.

## MODELING IN LAW AS A WAY OF UNDERSTANDING LEGAL PHENOMENA

**Darya G. Trinitka**

National Research University Higher School of Economics, Lecturer, PhD candidate; d.trinitka@hse.ru

## ABSTRACT

This article substantiates the need to apply such a scientific method as modeling in the legal sphere. The concept of modeling is revealed as a hypothetical construction used to build assumptions in law enforcement, as well as a post-event reflection of existing phenomena of legal reality. An analysis of the methodological principles on which legal modeling is based is presented. The author focuses on the philosophical and legal dimension of models, which makes it possible to base not only the teleological aspect of the application of models, but also the subjective-rational one. The rationale for the increment of scientific legal knowledge with the help of such a subspecies of scientific modeling as a legal reasoning is presented. Based on this study, the author substantiates the necessary relationship between theory and practice in jurisprudence, from the synergy of which modeling in law grows.

**Key words:** modeling, legal reasoning, theoretical and practical jurisprudence, methodology of law, law enforcement practice.

Для корректного исследования феноменов объективной реальности ни одному ученому не обойтись без применения моделей, в том числе это относится и к правоведам<sup>1</sup>. Однако при использовании такого научного метода немногие смогут ответить, что такое модель и зачем она нужна. Несмотря на то, что практика использования моделей в науке составляет большую историю, начинающуюся еще со времен Аристотеля<sup>2</sup>, нам представляется актуальным разобраться в этом вопросе подробнее.

Для того чтобы вывести понятие модели, необходимо обратиться к следующим вопросам: *для чего существуют модели? (семантическая область); что есть модель? (онтологическая область); как модели помогают нам познавать реальность? (эпистемологическая область)*. Перед тем как перейти к ответам на данные вопросы, необходимо отметить, что модель в науке может быть представлена в двух различных видах: либо как объект из реальной жизни (как физическое тело), либо как умственная конструкция (как концепция, гипотеза, теоретический конструкт и т. п.).

<sup>1</sup> Правовые модели и реальность. Под общ. ред. Ю. А. Тихомирова, Е. Е. Рафалюк, Н. И. Хлуденева. М.: Инфра-М, 2014. С. 13.

<sup>2</sup> Аристотель. Категории. Собр. соч. в 4 т. Т. 2. М.: Мысль, 1978.

Для выполнения целей данной статьи мы предпочтительно под моделью будем иметь в виду именно теоретический пласт моделей, преимущественно используемый в юриспруденции, обоснование чему будет приведено ниже.

1. *Семантическое измерение модели.* Модель на теоретическом уровне представляет собой гипотетическую конструкцию, отражающую исследуемую часть объективного мира. Именно посредством моделирования осуществляется перенос объектов из реальной действительности в теоретическую плоскость для того, чтобы возможно было рассмотреть изучаемое, препарировать, разобрать его и впоследствии построить гипотетические конструкции, на которых основывается научная теория.

Здесь стоит сказать о том, что такие модели следует делить на два вида: это отражение феноменов и отражение данных. Некоторые могут возразить, что это две категории, противоречащие друг другу<sup>3</sup>. Стоит не согласиться с этим, так как скорее это два этапа одного процесса. То есть на одном этапе моделирования данных мы занимаемся поиском, сбором и структуризацией информации, отражающейся в модели данных. После того как у ученых появляется модель данных, они пытаются объяснить такое положение системы и вырабатывают модель феноменов, которая может включать в себя не только несколько моделей данных, но и уже существующие модели феноменов.

Приведем пример в сфере юриспруденции: возникновение новых правоотношений принуждает исследователей к перенесению такого объекта в теоретическую плоскость. Для этого исследователям необходимо первоначально собрать данные о проявлении таких правоотношений в реальной жизни и привести их в системный вид (создать модель данных). После этого необходимо перейти ко второму шагу. Именно на нем из модели данных конструкция превращается в модель феномена правоотношений, которая включает в себя как модели данных, так и модели феноменов низкопорядковых элементов: в понятие правоотношений включаются не только их характеристики, реально проявляющие себя в жизни, но и уже существующие модели (например, понятие права и физического лица как базисные элементы в построении правовых моделей).

Таким образом, в каждую модель какого-либо феномена в качестве теоретической конструкции включаются как образы этого элемента из объективной реальности, так и уже существующие конструкции-модели, которые помогают ученым правильно выстраивать свои конструкции.

2. *Онтологическое измерение модели.* Для того чтобы определить сущность построения моделей, необходимо отметить ее функции, то есть ответить на вопрос: для чего они созданы?

Безусловно, существует большое количество моделей, применяемых в различных сферах научной деятельности, однако все эти концепции можно привести к одному знаменателю. Во-первых, если рассматривать модель в качестве продукции мозговой деятельности, модели необходимы для переноса явлений объективной реальности в теоретическую плоскость, о чем мы уже упоминали ранее. Во-вторых, модели помогают ученым деконструировать их на элементы для того, чтобы можно было выделить сущность явления посредством признаков включаемых элементов. В-третьих, модели применяются для того, чтобы на их основании можно было спрогнозировать работу процессов в будущем. В-четвертых, выделяют функцию переноса из одной области знания в другую, при помощи которой происходит междисциплинарное взаимодействие<sup>4</sup> и приращение нового знания. В-пятых, модели представляют собой удобную форму для апробации существующих теоретических знаний в реальности. Так, например, конструкторы могут придумать вариант нового двигателя внутреннего сгорания, но перед тем как запустить такой двигатель в массовое производство, происходит череда многочисленных испытаний, которые проводятся как раз таки при помощи моделей таких двигателей. И в-шестых, по порядку, но не по значимости, конструирование моделей помогает ученым порождать новое знание, которое изначально существует на уровне идей и концепций. Стоит отметить, что в данном случае модель зарождается не на этапе переноса реальных объектов в теоретический мир, а наоборот: сначала такая модель возникает на метафизическом уровне, а потом может переходить (необязательно) из мира идей в мир вещей по Аристотелю.

3. Перейдем к *области эпистемологического измерения модели*: каким образом модели помогают нам познавать реальность? С одной стороны, ответ на вопрос представляется достаточно простым: модели необходимы для гипотетических построений на метафизическом уровне. Но необходимо отметить описанные ниже важные особенности.

В научном сообществе одним из самых распространенных методов определения понятий является выделение его основных признаков. Например, Е. Н. Салыгин определяет моделирование так: «Моделирование, таким образом, предполагает наличие в реальной действительности определенного объекта (оригинала) — предмета, явления или процесса, воспроизводящегося познающим субъектом в некоем материальном или мысленном прообразе, модели, которая может в определенных обстоятельствах заменять объект и предоставлять о нем информацию»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> См., например: *Гладков С. Л.* О требованиях к интеллектуальной модели данных. Образовательные ресурсы и технологии, 2015. № 2 (10). С. 69.

<sup>4</sup> Подробнее см. *Куприй В. Г.* Моделирование в биологии и медицине: философский анализ. Л., 1989. Так, например, ученые-медики выявили новые особенности функционирования клеток, основываясь на понятиях «спроса, предложения и цены», взятых из экономической области.

<sup>5</sup> *Салыгин Е. Н.* Моделирование в праве: проблемы и перспективы. Право. Журнал Высшей школы экономики, 2013. С. 13.

Стоит также привести определение моделирования А. В. Панина, который дает следующую дефиницию: «Моделирование — это такой метод исследования, при котором интересующий исследователя объект замещается другим объектом, находящимся в отношении подобия к первому объекту. Первый объект называется оригиналом, а второй — моделью. В дальнейшем знания, полученные при изучении модели, переносятся на оригинал на основании аналогии и теории подобия»<sup>6</sup>.

При построении моделей, какими бы они ни были: либо сильно приближенными к реальности, либо очерченными крупными мазками, стоит помнить, что модель — это концепция. Причем концепция, которая не может при всех ее достоинствах идеально отражать вещь в мире. Это связано не только с тем, что модели бывают не проработаны, а преимущественно с тем, что теоретические и практические плоскости никогда не смогут полностью наложиться друг на друга. Всегда существуют определенные лакуны и аномалии, выбивающиеся из общей концепции в силу неоднородности жизненных процессов. Также важный фактор научного моделирования — это автор модели — исследователь. Мы не стремимся полностью примкнуть к позициям релятивистов<sup>7</sup>, говоря о том, что все разнообразие реальности невозможно описать в рамках теории, однако фактор конкретно психофизических субъективных воззрений имеет место. Так, например, марксисты (К. Маркс, Ф. Энгельс, В. И. Ленин и др.), рассматривая определенный вид правоотношений, несомненно, скажут нам о том, что правоотношения определены в своем существовании экономикой<sup>8</sup>. Напротив, социологи права (Г. Гуго, Ф. К. Савиньи, О. Эрлих, Т. Парсонс, Н. Луман и др.) будут доказывать тот факт, что правоотношение определяется социальными взаимосвязями в конкретном обществе<sup>9</sup>. Однако такое различие не ставит под сомнение сам факт выработки юридических моделей, которые помогут глубже проникнуть в суть явления, пусть и с различных точек зрения.

Далее необходимо раскрыть вопрос применимости моделей. Несмотря на многообразие применяемых научных методов, следует отметить, что существуют ситуации, в которых исследователю необходимо избрать именно такой методологический аппарат. Обычно это связано с тем, что мы не можем использовать объект реальности для проведения своих изысканий по различным причинам: как этическим (например, проведение исследований на людях), так и техническим (например, моделирование атмосферы на Уране).

Применительно к юридической науке следует выделить два типа моделирования, зависящих от принадлежности исследователя к одному из дихотомических категорий: теории и практики. Применительно к практической юриспруденции моделирование, как методологический инструмент, используется для предсказания поведения индивидуума в определенной правовой ситуации, регулируемой нормативным массивом. В данном случае моделирование приближается к понятию прогнозирования<sup>10</sup>. В свою очередь прогнозирование также может выражаться в виде по-разному:

- прогнозирование действия нормативных правовых актов (обычно используется при разработке законов, исходя из их будущей эффективности);
- оценка регулирующего воздействия (применима для анализа существующих правовых норм, их воздействия на социально-экономическую ситуацию и т. п.);
- антикоррупционная экспертиза (социально-правовое моделирование, используемое при проведении фундаментальных исследований по профилактике/выявлению/устранению коррупционных факторов);
- правовой мониторинг (по мнению некоторых исследователей<sup>11</sup>, метод правового моделирования необходим для изучения нормативных правовых актов) и т. д.

Если говорить о теоретической юриспруденции, то в большинстве случаев исследователи права имеют дело с гипотетическими конструкциями именно из-за того, что право не обладает какой-либо физической характеристикой, с которой конкретно можно было бы проводить исследование. Да, конечно же, возможно было бы смоделировать ситуацию, при которой, например, для определенной части социума была бы отменена частная собственность в качестве апробации модели. Однако в современных условиях это сделать практически невозможно в силу самого факта существования государства, большого количества бюрократических процедур и достаточно консервативно настроенного общества (применительно к России)<sup>12</sup>. Также стоит отметить, что, несмотря на все существующие меры поддержки со стороны государства для научного сообщества, апробацию моделей на конкретных гражданах вряд ли позволят совершить рядовому ученому, обосновывающему, например, необходимость снятия запрета на эвтаназию. Именно поэтому юриспруденция вынуждена работать исключительно в теоретическом поле, модели в котором, к сожалению, не находят последовательного отображения в реальной жизни.

Также стоит отметить, что своей существующей формой право определяет работу ученых на метафизическом уровне. Это связано с тем, что многие правовые конструкции, помимо того что они не обладают физической харак-

<sup>6</sup> *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия. М.: Проспект, 2005. С. 376.

<sup>7</sup> Релятивизм в праве. Под ред. Осветимской И. И., Тонкова Е. Н. СПб.: Алетейя, 2021. С. 22–34.

<sup>8</sup> *Лапаева В. В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика. М.: Российская академия правосудия, 2012. С. 58.

<sup>9</sup> Там же. С. 61.

<sup>10</sup> *Тихомиров Ю. А.* Прогнозы и риски в правовой сфере. Журнал российского права, 2014. № 3 (207). С. 7.

<sup>11</sup> *Арзамасов Ю. Г., Наконечный Я. Е.* Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М., 2009.

<sup>12</sup> *Нанба С. Б.* Право: модели и отклонения. Журнал российского права, 2014. № 6. С. 148.

теристикой, представляются в качестве фикции. Приведем широко известный пример с юридическим лицом. Для всех правоведов не является секретом тот факт, что юридическое лицо — это фикция, существующая для того, чтобы правовая система могла нормально функционировать. Предполагаем, что немногие из юристов задумывались о различиях такой фикции и, например, модели юридического лица. Несмотря на некоторую схожесть понятий, по нашему мнению, отличие в данных категориях следующее: фикция — это нормативное понятие, утвержденное на законодательном уровне, используемое в юридической практике<sup>13</sup>; а модель — это научный способ объяснения функционирования категории юридического лица, существующий на теоретическом уровне и не закрепленный в нормативно-правовых актах. В идеальном мире научное приращение знания в сфере юриспруденции должно идти путем от модели к фикции, однако такого не происходит. Возможно, это связано с достаточно быстрым уровнем развития современного мира, возможно с тем, что законодатель обладает недостаточно высокой юридической техникой — это не столь важно. Гораздо важнее отметить, что правовая наука переживает не лучшее время, когда перед некоторыми учеными стоит задача в теоретическом обосновании нормативных положений, которые уже функционируют в реальной жизни (принцип *ad hoc*). Так, например, председатель Конституционного Суда Российской Федерации указывает на то, что «без правовых регуляторов, без проектных чертежей, принятых обществом, трансформация превращается в чудовищную конвульсию»<sup>14</sup>, с чем нельзя не согласиться.

Однако следует обратить внимание и на то, что не всегда развитие юриспруденции по пути «модель — фикция» гарантирует благоприятный исход для юридического сообщества, что можно увидеть на уже историческом примере принятия ныне утратившего силу Федерального закона «О разграничении собственности на землю»<sup>15</sup>. В данном случае правовая норма, первоначально сконструированная на теоретическом уровне, потерпела сокрушительное поражение, столкнувшись с бюрократическим механизмом ее применения, что обнажает проблему непродуманности на уровне моделирования. Но не всегда проблема может находиться именно в этой плоскости. Полагаем, что большую проблему составляет сам механизм моделирования и прогнозирования отношений в социуме, так как правовая материя наиболее плотно связана с человеческим фактором, где предопределяющую роль играет механизм осуществления правового выбора, который предсказать крайне сложно. Именно поэтому моделирование, в том числе и в правовой сфере, требует большой внимательности исследователя, который обязан применять и другие методы научного познания.

Одним из главных вопросов применения в юриспруденции представляется вопрос сосуществования моделей и отраженных в ней конструкций в правоприменительной деятельности. Как мы уже выяснили выше, понятие модели достаточно многогранно, что усложняет выведение общей дефиниции этого понятия. Но никто не будет оспаривать того факта, что модель — это гипотетическая конструкция, содержащая в себе воспроизводимые слепки реального или будущего объекта действительности. Самая большая проблема использования моделей, на наш взгляд, в таком случае состоит в том, что правовая теория, как неосознаваемая и полностью сконструированная учеными материя, оперирует моделями. Впоследствии эти модели могут выливаться в доктринальные теории, которые по истечении времени, законодательно закрепляясь, превращаются в юридические фикции или в реальные юридические явления (например, в нормы доказательства в судебном процессе). Однако при таком качественном переходе модель остается неизменяемой, в то время как реальные социальные и правовые связи в обществе претерпевают некоторые изменения. Таким образом, сама модель и ее юридическое закрепление не соответствуют друг другу, что в терминах Ж. Бодрийяра обозначается термином «гиперреальность»<sup>16</sup>. То есть существующее положение вещей может легко подменяться концептом/симулякром/моделью, которые не отражают реального положения, что сказывается крайне негативно не только на репутации правовой науки, но и на самом правовом состоянии всего общества.

Такое положение вещей, безусловно, присуще постмодернистскому времени, в котором мы живем. Но в данном случае теряется одно из главных онтологических свойств научного метода моделирования — прогнозирование и приращение нового знания. Данная проблема в области юриспруденции достаточно сложно разрешима в связи с извечной дихотомией права — теоретическая и практическая область. Из-за того, что эти две категории исследователей в большинстве своем рассматривают друг друга как обособленные и разнонаправленные группы, правовая материя не может стабилизироваться и прийти к уравновешенной схеме своего существования, когда теоретические модели, развиваясь в недрах научных лабораторий, продолжают свое опосредованное существование в практически применимой плоскости реальных отношений.

Применение моделей в юриспруденции представляет собой один из важных методологических инструментов познания действительности и приращения нового знания. Однако при использовании рассматриваемого метода

<sup>13</sup> См. понятие «юридическое лицо» в ст. 48 Гражданского кодекса РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Федеральный закон от 30.11.1994. № 51-ФЗ. Собр. законодательства РФ, 1994. № 32. Ст. 3301).

<sup>14</sup> Зорькин В. Д. Право в условиях глобальных перемен: монография. М., 2013. С. 448.

<sup>15</sup> См. подробнее: комментарий к Федеральному закону «О разграничении государственной собственности на землю» (постатейный). С. А. Боголюбов, Е. Г. Краюшкина, Е. Л. Минина и др. Под ред. С. А. Боголюбова. М.: Юстицинформ, 2002. (Федеральный закон утратил силу с 01.07.2006 г. с введением Земельного кодекса РФ).

<sup>16</sup> Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2000. С. 151.

важно не только помнить о том, что на каждом этапе исследования следует быть осторожным, дабы не включать в модели субъективные характеристики, даваемые объекту каждым исследователем, но и помнить о том, что модель — это не самоцель исследования, а инструмент улучшения теоретических конструктов, которые нацелены на улучшение правовой системы всего общества и которые не должны подменяться реально существующими объектами правовой реальности.

Таким образом, фундаментальным условием существования правовых моделей является ее опосредованная связь с практикой правоприменения. Однако необходимо сказать о том, что применение моделей в праве существует в первую очередь для того, чтобы либо прогнозировать правовые решения, либо для правового объяснения. Выше мы уже писали о методе моделирования в качестве гипотетической конструкции, теперь перейдем к правовому объяснению, то есть рассмотрим подход к правовому моделированию как к постфактологическому объяснению в правовой теории. Следует отметить, что такое деление моделирования носит сугубо прикладной характер, для удобства описания методологии. В реальности же, как верно замечает Г. Х. фон Вригт, «элементы объяснения и предсказания сходны, похожи и связывающие их отношения»<sup>17</sup>, что нельзя не принимать в расчет.

Рассмотрим следующий пример: мы стали очевидцами того, как один человек стреляет в другого из револьвера. Что мы увидели? Почему один человек принял решение о выстреле в другого? Был ли это акт необходимой самообороны или один из участников событий психически нездоров? Считается ли это событие преступлением или может это съемки фильма? То есть нам не до конца понятно, что именно произошло, при рассмотрении только объективной стороны явления, — необходимо различать уровни понимания событий.

Телеологическое объяснение действий обоих участников события не поможет нам с ответом на вопрос «что здесь происходит?». То есть нужно перейти на следующий уровень понимания, потому что намерение к убийству другого человека не всегда ведет к тому, что револьвер выстреливает. Из факта намерения следует лишь то, что один человек намеревается предпринять некоторые действия в отношении другого человека. То есть то, что мы увидели, следует назвать убийством, или обороной, или игрой?

В данном случае не имеет значения то, как мы назовем это событие или классифицируем его, потому что это будет всего лишь вопросом интерпретации, субъективным разрезом объективной реальности<sup>18</sup>. Но такое «объяснение» не является в полной мере объяснением, это всего лишь наша оценка происходящего. И на основании этой оценки далее вырастают логические умозаключения, порой идущие вразрез с действительностью.

Таким образом, фундаментальным признаком объяснения, предстающим перед нами, является ответ не на вопрос «что это?», а на вопрос «в чем причина этого?». Однако здесь стоит сказать, что, говоря о причинах определенных поступков, необходимо отделять причины того или иного действия, которые предшествуют моменту принятия решения (*ad hoc*), и причины, которые появляются *post hoc*, возникающие в нашем разуме после принятия решения, для того чтобы оправдать то или иное решение. То есть говоря о построении моделей в правовой науке, в первую очередь необходимо обратить внимание на теорию объяснения и аргументации в праве. В первую очередь это объясняется тем, что теоретико-правовые изыскания не являются самоцелью, а служат для объяснения правовых тенденций в социуме и поддержания стабильного функционирования правовой науки. Принимая решения, юристы стремятся в первую очередь дать разрешение каким-либо конкретным кейсам — говоря словами Т. Спаака, «предпочитают довольно фрагментарный подход к решению юридических проблем и обычно воздерживаются от защиты общих теорий или иных общих терминов»<sup>19</sup>. Это разрешение, как правило, имеет определенную аргументацию, но не исследовано достаточно хорошо в силу разрозненности материалов и отсутствия общетеоретического подхода к обоснованию в праве. Так, часто двусмысленная юридическая практика приводит нас к рассмотрению такого специфического объекта, как юридические рассуждения. Особенно остро эта проблема встает, когда мы говорим о внедрении информационных технологий в право, в том числе искусственного интеллекта для разрешения споров в суде<sup>20</sup>. В данном случае роль моделирования рассуждений в праве сложно переоценить: для того чтобы обучить машинный разум вынесению суждений, необходимо запрограммировать его, исходя из существующей модели правового обоснования, что на данном этапе развития правовой мысли представляется невозможным, так как системного и единого механизма обоснования существования и применения права до сих пор не разработано. Именно поэтому так важно рассмотреть модели правового обоснования во всех его аспектах.

Так, важным аспектом для рассмотрения моделей правового обоснования является определение природы юридической аргументации, ее методологии, которая в том числе используется для построения моделей в праве: относятся ли правовые выводы к дедуктивным или к индуктивным либо не подпадают ни под одну из этих категорий? Первым ответом на этот вопрос будет утверждение о том, что большинство юридических утверждений дедуктивные, что подразумевает использование аргументации, для определения посылки которой требуются выводы (посылка верная, и вывод, соответственно, верен). В свою очередь индуктивная аргументация также имеет место быть, особенно когда речь заходит о вопросах права, а не факта. Под индуктивной аргументацией в данном случае следует

<sup>17</sup> Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования, 1986. С. 41.

<sup>18</sup> Тихомиров Ю. А. Формула правового воздействия. Журнал российского права, 2020. № 11. С. 7.

<sup>19</sup> Т. Спаак. Legal philosophy and the study of legal reasoning. Belgrade Law Review, 2021. 69 (4). P. 796.

<sup>20</sup> См. Момотов В. В. Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. М., 2019.

понимать тот случай, когда посылка не требует вывода, однако превращает его в более вероятный исход события. Например, сэр Н. Маккормик подчеркивает, что, несмотря на всю важность дедуктивного обоснования в юриспруденции, существуют ситуации, при которых такие аргументы не могут быть использованы. Например, недедуктивные рассуждения должны быть использованы при интерпретациях закона<sup>21</sup>, что обусловлено столкновением различных аргументаций друг с другом. Так, при конфликте аргументов текстуальных и телеологических, скорее всего, предпочтение правоприменителя будет отдано аргументам первой категории в связи с тем, что они имеют предпочтительную нормативную силу, так как исходят от самого закона, нежели от субъекта правоприменения. Такой процесс выбора различной аргументации не предполагает дедуктивного обоснования, что в свою очередь позволяет нам говорить о существовании индуктивной аргументации в праве.

Однако вынося предположение о том, что выводы являются строго индуктивными или дедуктивными, возникает вопрос: какой природой будет обладать вывод сопоставления различных интерпретационных аргументов одного уровня? Другими словами — к какому типу индуктивных аргументов относится обоснование правопонимания? Это будет полная или неполная индукция? Аргумент по аналогии, или перечислительная индукция, или исключаящая? Мы считаем, что в данном случае необходимо скорее говорить о дедуктивном подходе в силу того, что текстуальные выводы наиболее близки по духу к тому, что подразумевало государство, устанавливая ту или иную норму, нежели правоприменительные толкования этой нормы, в том числе телеологические обоснования. Таким образом, используя такой метод моделирования, как правовое обоснование, необходимо отдавать предпочтение дедуктивному методу, нежели индуктивному, что, однако, не исключает их сосуществования в правовой аргументации.

Правовое обоснование является формой научного моделирования в праве, научного рассуждения о том, каким образом существует право и каким образом оно действует, начиная с выбора релевантных для этого факторов, заканчивая обоснованием, почему произошло именно это событие и что явилось тому причиной. Закон по своей сути имеет гораздо более гибкие рамки, нежели, например, правила для игры в шахматы. Именно эта отличительная черта закона и обуславливает важнейшую роль правоприменения, которая, в свою очередь, должна строиться в социуме по определенным правилам, которые иначе можно назвать правовым моделированием. Потому что именно модель дает четкое представление о работающем механизме и о том, каким образом принять решение в сложившейся правовой ситуации. Именно применение такого научного метода, как моделирование, позволит правовой теоретической материи приблизиться к пониманию тех процессов, которые происходят в правоприменительной деятельности, и при помощи научного аппарата выстроить корректное использование гипотетических конструкций, отражающих динамическое состояние правовой материи.

## Литература

1. Арзамасов Ю. Г., Наконечный Я. Е. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М.: Изд-во МГПУ им. Н. Э. Баумана, 2009. 196 с.
2. Аристотель. Категории. Собр. соч. в 4 т. Т. 2. М.: Мысль, 1978. 684 с.
3. Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2000. 387 с.
4. Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования. М.: Прогресс, 1986. 600 с.
5. Гладков С. Л. О требованиях к интеллектуальной модели данных. Образовательные ресурсы и технологии, 2015. № 2 (10). С. 63–70.
6. Зорькин В. Д. Право в условиях глобальных перемен: монография. М., 2013. 496 с.
7. Комментарий к Федеральному закону «О разграничении государственной собственности на землю» (постатейный). Боголюбов С. А., Краюшкина Е. Г., Минина Е. Л. и др. Под ред. Боголюбова С. А. М.: Юстицинформ, 2002. 120 с.
8. Куприй В. Г. Моделирование в биологии и медицине: философский анализ. Л., 1989. 188 с.
9. Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М.: Российская академия правосудия, 2012. 580 с.
10. Момотов В. В. Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. М.: Проспект, 2019. 448 с.
11. Нанба С. Б. Право: модели и отклонения. Журнал российского права, 2014. № 6. С. 145–149.
12. Правовые модели и реальность. Под общ. ред. Ю. А. Тихомирова, Е. Е. Рафалюк, Н. И. Хлуденева. М.: Инфра-М, 2014. 280 с.
13. Релятивизм в праве. Под общей ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. 348 с.
14. Салыгин Е. Н. Моделирование в праве: проблемы и перспективы. Право. Журнал Высшей школы экономики, 2013. С. 12–35.
15. Тихомиров Ю. А. Прогнозы и риски в правовой сфере. Журнал российского права, 2014. № 3 (207). С. 5–16.
16. Тихомиров Ю. А. Формула правового воздействия. Журнал российского права, 2020. № 11. С. 5–13.
17. MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. Revised ed. edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. 322 p.

<sup>21</sup> MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. Revised ed. edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. P. 65–72.

18. Spaak T. Legal philosophy and the study of legal reasoning. *Belgrade Law Review*, 2021. 69 (4). P. 795–811.

## References

1. Arzamasov, Y. G., Nakonechny, Y. E. Monitoring in lawmaking: theory and methodology [Monitoring v pravotvorchestve: teoriya i metodologiya]. M.: Izd-vo MG TU im. N. E. Bauman, 2009. 196 p. (In rus.)
2. Aristotle. Categories [Kategorii]. *Sobr. soch. v 4 t. T. 2. M.: Mysl'*, 1978. 684 p. (In rus.)
3. Bodriyar, Z. Symbolic exchange and death [Simvolicheskii obmen i smert]. M.: Dobrosvet, 2000. 387 p. (In rus.)
4. Vrigt, G. H. von. Logical-philosophical researches [Logiko-filosofskie issledovaniya]. M.: Progress, 1986. 600 p. (In rus.)
5. Gladkov, S. L. On the requirements for an intelligent data model [O trebovaniyah k intellektualnoj modeli dannyh]. Educational resources and technologies [Obrazovatel'nye resursy i tekhnologii], 2015. № 2 (10). P. 63–70. (In rus.)
6. Zorkin, V. D. Law in the context of global change: monograph [Pravo v usloviyah global'nyh peremen: monografiya]. M., 2013. 496 p. (In rus.)
7. Commentary to the Federal Law “On the delimitation of state ownership of land” (item-by-article) [Kommentarii k Federalnomu zakonu “O razgranichenii gosudarstvennoj sobstvennosti na zemlyu” (postatejny)]. Bogolyubov S. A., Krayushkina E. G., Minina E. L. i dr. Pod red. S. A. Bogolyubova. M.: Yusticinform, 2002. 120 p. (In rus.)
8. Kupry, V. G. Modeling in biology and medicine: a philosophical analysis [Modelirovanie v biologii i medicine: filosofskij analiz]. L., 1989. 188 p. (In rus.)
9. Lapaeva, V. V. Types of law understanding: legal theory and practice [Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika]. M.: Russian Academy of Justice [Rossijskaya akademiya pravosudiya], 2012. 580 p. (In rus.)
10. Momotov, V. V. Russian legal system in the conditions of the fourth industrial revolution [Rossijskaya pravovaya sistema v usloviyah chetvertoj promyshlennoj revolyucii]. M.: Prospekt, 2019. 448 p. (In rus.)
11. Nanba, S. B. Law: models and deviations [Pravo: modeli i otkloneniya]. *Russian Law Journal [Zhurnal rossijskogo prava]*, 2014. № 6. P. 145–149. (In rus.)
12. Legal models and reality. Ed. Y. A. Tikhomirova, E. E. Rafalyuk, N. I. Khludeneva [Pravovye modeli i realnost. Pod obshch. red. Y. A. Tikhomirova, E. E. Rafalyuk, N. I. Hludeneva]. M.: Infra-M, 2014. 280 p. (In rus.)
13. Relativism in law [Relyativizm v prave]. Under ed. I. I. Osvetimskaya, E. N. Tonkov [Pod obshchej red. I. I. Osvetimskoj, E. N. Tonkova]. SPb.: Aletejya, 2021. 348 p. (In rus.)
14. Salygin, E. N. Modeling in law: problems and prospects [Modelirovanie v prave: problemy i perspektivy]. *Right. Journal of Higher School of Economics [Pravo. Zhurnal Vyshei shkoly ehkonomiki]*, 2013. P. 12–35. (In rus.)
15. Tihomirov, Y. A. Forecasts and Risks in the Legal Sphere [Prognozy i riski v pravovoj sfere]. *Journal of Russian Law [Zhurnal rossijskogo prava]*, 2014. № 3 (207). P. 5–16. (In rus.)
16. Tihomirov, Y. A. Formula of legal influence [Formula pravovogo vozdeystviya]. *Journal of Russian Law [Zhurnal rossijskogo prava]*, 2020. № 11. P. 5–13. (In rus.)
17. MacCormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. 2. Oxford: Oxford University Press, 1994. 322 p.
18. Spaak, T. Legal philosophy and the study of legal reasoning. *Belgrade Law Review*, 2021. 69 (4). P. 795–811.

# РОССИЙСКИЙ ПРАВОВОЙ И ПОЛИТИЧЕСКИЙ СТРОЙ: СМЫСЛ ТЕКУЩИХ РЕФОРМ И ПЕРСПЕКТИВЫ БУДУЩИХ КОНСТИТУЦИОННЫХ ТРАНСФОРМАЦИЙ

**Медушевский А. Н.**

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

## АННОТАЦИЯ

Данная статья представляет собой доклад автора на конференции — «Конституция России вчера, сегодня, завтра» (СПб., 14 декабря 2021 г.). Целями конференции, по мысли ее организаторов, были избраны дебаты по двум темам: с одной стороны, о влиянии конституционной реформы 2020 г. на российское общество, с другой — «взгляд за горизонт» с целью понять, какой выбор вариантов существует в стране для дальнейшего развития конституционного строя, несмотря на текущий консервативный поворот. Имея в виду оба эти вопроса, автор предлагает ответы на них в контексте интернационального и национального положения российского конституционализма и логики его внутреннего развития. Это значит, что в центре внимания находятся не столько актуальные вопросы его текущего состояния, сколько гипотетические сценарии его будущей трансформации.

**Ключевые слова:** Конституция России 1993 г., конституционная реформа 2020 г., российский политический режим, конституционные ожидания, легитимирующая формула, гипотетические сценарии будущих конституционных реформ, транзит власти, либеральный подход к конституционным преобразованиям.

## THE RUSSIAN LEGAL AND POLITICAL ORDER: THE SENSE OF THE RECENT REFORMS AND PROSPECTS FOR FURTHER CONSTITUTIONAL TRANSFORMATIONS

**Andrei N. Medushevskiy**

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

## ABSTRACT

This article based on the paper, presented by the author at the Conference — “Constitution of Russia yesterday, today and tomorrow” (held by 14.12.2021 in Sankt Petersburg, Russia). The main targets of this event, according to the organizers idea, was the debate on the impact of 2020 Constitutional reform on Russian Society, from the one hand, and “the outlook over the horizon”, from the other, in order to understand which options the country has for further development of its constitutional order in spite of the current conservative turnover. Taking into consideration both this questions, the author presents his answers on them in the context of international and national place of the Russian constitutionalism and logic of its internal development. That mean that the gravity center of analysis placed not in the area of its actual positioning, but in the sphere of hypothetical scenarios of its future transformation.

**Keywords:** 1993 Russian Constitution, 2020 Russian constitutional reform, Russian political regime, constitutional expectations, legitimacy formula changes, hypothetical scenarios of future constitutional reforms, transit of power, liberal approach to constitutional transformation.

---

Российский правовой и политический строй испытал существенные изменения, связанные с масштабными конституционными корректировками в России 2020 г. и текущей трансформацией законодательства<sup>1</sup>. Данная конституционная ревизия имела вполне выраженный консервативно-реставрационный вектор, поставив под сомнение достижения либеральной фазы постсоветского цикла. В связи с этим вполне естественно желание бросить «взгляд за горизонт», то есть не просто описывать текущие изменения, но попытаться понять их смысл и значение в будущем. Стратегия правовых преобразований не может быть оторвана от ситуации в мире, обществе и от политического режима, определяющих конституционные ожидания, масштабы необходимых корректировок и методы проведения

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации с последними изменениями на 2022 год. М.: Эксмо, 2022.

реформ. Вопросы, встающие в связи с этим: внешние и внутренние факторы правовой трансформации, определившие принятие обновленной легитимирующей формулы власти-2020; способность политического режима сохранить стабильность, оставаясь в правовом поле; гипотетический кризис и вариативные сценарии выхода из него; определение правовых возможностей трансформации конституционного строя и политических технологий ее осуществления; осмысление либерального подхода к конституционным реформам. Зафиксировать эти вопросы и предложить ориентировочные направления решений — задача данной статьи.

## 1. Внешние и внутренние факторы правовой трансформации: смысл легитимирующей формулы 2020 года

Определяющим трендом мирового правового развития с окончанием холодной войны и распада СССР стала теория и практика глобального конституционализма. Его суть состоит в конвергенции двух традиционных видов права — международного и национального (конституционного) — в рамках единого глобального или транснационального права<sup>2</sup>. Результатом, согласно данному подходу, должно стать создание норм и институтов наднационального правового регулирования с параллельным уменьшением значения национальных конституций, положения которых будут всё более интенсивно корректироваться с позиций международных договоров и установок транснациональных судов.

Этому тренду к интеграции, господствовавшему в интеллектуальном мейнстриме конца XX — начала XXI вв., в последнее десятилетие брошен вызов противоположного свойства — к фрагментации мирового правового порядка. На пересечении этих двух тенденций формируется повестка адаптации конституций к мировым изменениям: принятие их универсального значения (интеграционный проект ЕС); их полное отрицание с выдвиганием альтернативного подхода (Китай); догоняющая правовая модернизация — стандарты признаются, но их реализация откладывается из-за фактической невозможности сделать это (ЮАР); гибридная модель ассимиляции этих стандартов в традиционных культурах (Япония); особый подход так называемых ревизионистских государств Восточной Европы и постсоветского пространства. Либеральная теория глобального конституционализма подвергается все более интенсивной критике с позиций критической теории (постлиберальные ценности), региональной специфики (обособление региональных правовых режимов) и идентичности (правый популизм) как инструментов защиты национальных интересов («возвращение суверенитета» национальным правительствам). Общим выражением сбоя системы транснационального правового регулирования и управления становится конституционный популизм<sup>3</sup>.

Россия в этой сравнительной перспективе занимает промежуточную позицию, которую можно определить как «защитный конституционализм»: закрепленные конституционные принципы соответствуют международным стандартам, но их реализация постоянно была далека от их аутентичного значения<sup>4</sup>, тяготея к государственно-центричному пониманию правовых гарантий, начиная с конституционного кризиса 1993 г., остающегося предметом противоречивых оценок внутри страны и белым пятном в диалоге России и Запада<sup>5</sup>. Принятие идеи приоритетности ратифицированных международных актов о правах человека (ч. 4 ст. 15) сохраняется, но сочетается с корректировкой масштаба их действия на национальном уровне — решения межгосударственных органов (в частности, транснациональных судов), принятые на основе ратифицированных Россией международных договоров, не подлежат исполнению в истолковании, противоречащем Конституции и основам публичного правопорядка (в контексте реформированных ст. 79 и ст. 125 Конституции РФ). Этот тренд выражен официальной формулой о «пределах уступчивости», в рамках которой акцентируется значение идентичности, солидаризма, единства системы публичной власти, а диалог судов интерпретируется как мост с двусторонним движением (что предполагает известные уступки национальному законодателю)<sup>6</sup>.

*Уровень общественных ожиданий конституционных реформ* — важный внутренний фактор их объема и направленности. Социологические опросы, проводившиеся с 2000-х гг. (разными службами и на основе разных методик), на протяжении двух десятилетий фиксировали устойчивую апатию общества в отношении конституционной реформы. В основе этой апатии лежит ряд факторов — стремление к стабильности, утраченной с распадом СССР, слабость гражданского общества, его растущая атомизация, а также низкий уровень правового сознания и непонимание значения конституционных изменений — как формальных, так и неформальных тенденций развития политического режима<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Международное и конституционное право: проблемы взаимовлияния. Коллективная монография. Под ред. А. А. Дорской, С. В. Бочкарева. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2016.

<sup>3</sup> Популизм как общий вызов. Отв. ред. К. Кроуфорд и др. М.: Политическая энциклопедия, 2017.

<sup>4</sup> Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст. Аналитический доклад. М.: ИППП, 2014. 75 с.

<sup>5</sup> «Слепые пятна» в диалоге между Россией и Западом: от спора вокруг нарративов к улучшению взаимопонимания. М.-Берлин: Inmedio-ИППП, 2019. С. 52.

<sup>6</sup> *Медушевский А. Н.* Российская конституционная реформа в контексте правовой глобализации. Конституционный вестник. Независимый журнал по вопросам конституционализма, 2021. № 6 (24). С. 150–167.

<sup>7</sup> Россия 2018 года. Четверть века трансформации: удачные эксперименты и упущенные возможности. По материалам XXV Алтайской международной конференции. Под общ. ред. В. А. Рыжкова. М.: Школа гражданского просвещения, 2019.

Радикального изменения этих настроений пассивности не произошло и в период подъема оппозиционных настроений в 2011–2012 гг.: повестка конституционных реформ не стала полноценной темой альтернативных программ общественного переустройства. Конституционный мониторинг показал существенную деформацию реализации основных конституционных принципов — правового государства, федерализма, разделения властей, гарантий прав и свобод личности<sup>8</sup>. Однако оппозиции не удалось возглавить движение перемен, сформулировать их конституционную программу и заручиться поддержкой даже части общества в ее проведении. «Запрос на конституционную реформу» в российском обществе фиксируется социологическими службами лишь в 2018–2019 гг., но его социальное содержание остается неопределенным. В структуре этого запроса собственно конституционные вопросы имеют поддержку очень незначительной части общества в противоположность правовым ожиданиям социальных и экономических реформ, которые разделяет подавляющая часть общества<sup>9</sup>.

Эта ситуация в общественных настроениях была использована властью, которая перехватила у оппозиции обсуждение темы конституционных реформ, переведя их в удобное для себя русло. В результате тщательно продуманной, стремительной и эффективной (с точки зрения политтехнологий) операции была реализована конституционная реформа 2020 г. Суть технологий определялась комбинацией факторов: разработка концепции реформы в закрытом режиме, быстрота ее проведения (без консультаций с обществом), расстановка приоритетов в публичной повестке (выдвижение более популярных экономических поправок при умалчивании политических); разделенное и селективное обсуждение поправок в обществе с принятием главной из них (о продлении полномочий действующего лидера) на самом последнем этапе — перед формальным принятием. Балансируя между соблюдением норм изменения Конституции и их нарушением, как с содержательной, так и с процедурной точки зрения (ставящей под сомнение ч. 1 ст. 16), власти удалось получить главное — принять обновленную легитимирующую формулу, определяющую воспроизводство режима у власти. Это позволило снять угрозу конституционного кризиса в краткосрочной перспективе, но оставило нерешенной проблему транзита власти. Дезориентация общества и оппозиции после реформы не дает оснований надеяться на быстрое восстановление полноценного общественного запроса на конституционную реформу.

*Формула легитимности*, введенная поправками 2020 г. и конституционно закреплённая в ходе их продвижения, как было показано нами ранее в специальном исследовании, — внутренне противоречива: она комбинирует конституционно-демократическую основу политического строя с внеправовыми (культурными) параметрами, включающими историю, нацию, солидарность, утверждая приоритет публичной власти над обществом, символический (метаконституционный) статус главы государства и редукцию цели правовой трансформации к средствам ее достижения. *Баланс преимуществ и недостатков данного решения* для политической системы не выглядит однозначным: к *преимуществам* можно отнести воспроизводство легитимности как гарантии относительной стабильности режима в краткосрочной перспективе; преодоление растущего противоречия между его конституционной формой и реальным содержанием путем отражения последнего в нормах позитивного права; воспроизводство мандата действующего лидера в условиях роста международного соперничества и внутренних проблем. К *недостаткам* следует отнести внутренне противоречивый характер легитимирующей формулы, составленной из разных легитимирующих принципов (конституционных и метаконституционных); угроза стагнации в силу гиперцентрализации государственной власти, остающейся единственным арбитром в разрешении социальных конфликтов; отсутствие (за пределами формальных конституционных процедур) понятных и легитимных механизмов передачи власти, проблема трансфера которой была отложена во времени, но неизбежно возникнет в будущем, провоцируя угрозу раскола элит<sup>10</sup>.

Самым точным определением сложившегося политического режима, на наш взгляд, является *понятие конституционного авторитаризма (конституционной диктатуры)* — системы правления, при которой на основе Конституции при согласии общества (подтвержденном на эрзац-плебисците) и при единодушном одобрении всех ветвей власти происходит установление практически неограниченной власти института главы государства, персонализированного в фигуре действующего лидера. Все эти факторы закладывают предпосылки и направления дальнейших метаморфоз российского конституционализма, политического режима и параметров легитимности власти.

## 2. Степень устойчивости российского политического режима: между стагнацией и кризисом в конституционном развитии

Другим измерением потенциала конституционных реформ является устойчивость политического режима с конституционной и фактической точек зрения.

В специальной дискуссии по этому вопросу нами предложена формула оценки стабильности/нестабильности политического режима. Всякий режим стабилен, если отвечает пяти критериям: 1) поддерживает доминирующие

<sup>8</sup> Конституционный мониторинг: концепция, методика и итоги экспертного опроса в России в марте 2013 года. М.: ИППП, 2014.

<sup>9</sup> Медушевский А. Н. Конституция и социальный запрос на изменения в современном российском обществе. Сравнительное конституционное обозрение, 2019. № 1 (128). С. 21–41.

<sup>10</sup> Медушевский А. Н. Конституционная реформа — 2020 с позиций теории легитимности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2020. № 4. С. 15–30.

позиции в мире путем эффективного международного баланса — союзов, не требующих перерасхода ресурсов (экономических, военных, политических) или ведущих к внутренней дестабилизации, так называемому имперскому перегреву; 2) его легитимирующая формула позволяет поддерживать социальную стабильность и готовность общества к социальной мобилизации в случае кризиса (не важно при этом, основана данная поддержка на логических или вполне иррациональных критериях); 3) гомогенность элиты сохраняется на высоком уровне, что может быть достигнуто с помощью самых различных методов — от ощущения «общей миссии» и «харизмы», принятых правовых и этических рамок до вполне макиавеллистических приемов — страха, коррупции, круговой поруки или селективных репрессий внутри правящего класса (как правило, в ход идут все методы); 4) устойчивость лидерства, включающая понятные (для общества и элиты) процедуры прихода к власти, ее удержания и обеспечения преемственности — фактор, способный стать определяющим в условиях любого системного сбоя; 5) присутствие у лидера инстинкта власти и решительности, определяющейся тем, насколько далеко он способен зайти для ее сохранения<sup>11</sup>. Проанализировав с использованием этих критериев современное положение российского режима, мы пришли к выводу о его стабильности в текущей перспективе — выводу, который был поддержан большинством участников дискуссии в «Либеральной миссии»<sup>12</sup>. Угрозы режиму имеют поэтому не столько имманентный (внутренний) характер, сколько переменный (внешний), связанный с возможностью глобального экономического кризиса, изменения баланса сил на международной арене или ошибочными действиями власти.

Российский политический режим вполне устойчив в текущей перспективе и соответствует основным компонентам выведенной нами формулы стабильности, а его изменения, в том числе связанные с транзитом власти, едва ли способны в краткосрочной перспективе обеспечить переход к функционирующей демократии западного типа. Однако эта стабильность, успешно решая текущие задачи власти, имеет выраженный механистический характер (основана на информационной монополии, прямом государственном контроле и селективных репрессиях) и, следовательно, не может быть воспроизводима в длительной перспективе. Включая фактор времени в прогнозировании эволюции российского политического режима, мы приходим к выводу: режим стабилен в краткосрочной перспективе, менее стабилен в среднесрочной и, наконец, совсем не стабилен в долгосрочной перспективе. Исходя из этого, прогнозирование гипотетического конституционного кризиса (как следствия кризиса режима) должно учитывать условия (исходную стабильность), масштаб изменений (и их очередность), а также вектор текущих изменений легитимирующей формулы власти.

В сравнительной перспективе аналогичных процессов в других странах возможна реконструкция трех гипотетических вариантов того, как изменения режима влияют на конституционную повестку, которые, конечно, будут корректироваться с учетом внешнеполитической ситуации, остроты внутренних противоречий, степени осознания элитой своей ответственности и, наконец, фактора «случайности».

1) Продолжение правовой и институциональной стагнации — воспроизводство в новых формах системы мнимого конституционализма или конституционной диктатуры с перспективой ее перехода в неконституционные (откровенно репрессивные) формы, вовсе не связанные правовыми ограничениями, — возможность продолжительного действия данного тренда подтверждается провалом демократического транзита в целой группе государств.

2) Спонтанное крушение системы под влиянием внутренних и/или внешних факторов. Это крайне негативный вариант, связанный с серьезной дестабилизацией правовой системы, возможным торжеством популизма, скорее всего — левого, и вероятным воспроизводством конституционного авторитаризма в других формах, в том числе — парламентской, которая сама по себе не гарантирует либерального вектора<sup>13</sup>.

3) Внутреннее конституционное реформирование системы по ее инициативе — в силу осознаваемого роста отчуждения общества и власти, ставящего под угрозу сохранение контроля действующей элитой. Этот последний, теоретически возможный вариант представляется наименее социально затратным, но предполагает готовность к нему общества, трудную работу сознания элиты, гибкость и прагматичность ее мышления.

Все три варианта уже отработаны странами постсоветского ареала, и существует три стратегии конституционных преобразований: поддержание незыблемости правовой системы авторитарного типа; ее крушение (в виде цветных и обычных революций с восстановлением олигархического правления); вариант конституционной и политической модернизации «сверху». На деле, конечно, сценарии могут пересекаться, а итог кризисной трансформации определяется как степенью общественного недовольства, так и конституционными рамками, профессионализмом элиты и лидерства. Категорически отвергая первые два сценария, либеральная общественность должна стремиться к реализации третьего, имея в виду максимальную постановку его под социальный контроль.

<sup>11</sup> Материалы нашего доклада и дискуссии см.: Размышления о гипотетическом крушении политического режима в России. Фонд «Либеральная миссия». Адрес в Интернете: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/razmyshleniya-o-gipoteticheskom-krushenii-politicheskogo-rezhima-v-rossii>

<sup>12</sup> От революционной романтики к пониманию смысла: результаты дискуссии о перспективах трансформации российского политического режима. Фонд «Либеральная миссия». Адрес в Интернете: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/ot-revolucionnoji-romantiki-k-ponimaniyu-smysla-rezultaty-diskussii-o-perspektivah-transformaczii-rossijskogo-politicheskogo-rezhima>

<sup>13</sup> Таврические чтения — 2019. Актуальные проблемы парламентаризма: история и современность. Международная научная конференция. СПб., Таврический дворец, 5–6 декабря 2019 г. Сборник научных статей. В 2 ч. Под ред. А. Б. Николаева, 2020. Ч. 2. С. 7–43.

Задача состоит в создании принципиально другого типа стабильности — динамической, основанной на установлении прочных равных правил для взаимодействия конкурирующих политических сил, объединенных единством национальных устремлений. Этот тип стабильности означает консенсус общества и власти, правовое государство и функционирующую конкурентную демократию, выраженные в легитимирующей формуле власти и способах ее практического воплощения в государственном управлении. Способность общества и элиты решить эту задачу путем своевременных конституционных преобразований с учетом внешних и внутренних вызовов глобализации — исторический тест на жизнеспособность существующего российского политического режима.

### 3. Гипотетический конституционный кризис: сценарии и перспективы преодоления

Следует различать понятия конституционного кризиса и кризиса политического режима. Первый определяется тремя условиями: конституция утрачивает легитимность в силу несоответствия реальности (ожиданий общества); возникает непреодолимый конфликт ветвей власти по интерпретации одних и тех же конституционных норм; разрешение конфликта становится невозможным с позиций установленных конституционных норм. Кризис политического режима, напротив, связан с решением вопросов власти — ее приобретения, сохранения и удержания — в смысле их принятия обществом и элитами. Связь между двумя типами кризисов — не прямая. Они соприкасаются только в решении проблемы легитимности власти. Поэтому неправы те, кто считают, что в России существует конституционный кризис (стагнация не есть кризис; прямая угроза его возникновения, вероятно, снята поправками 2020 г. как минимум до 2024 г.), и сводят его разрешение к изменению режима: последний может трансформироваться как в конституционном поле, так и вне и помимо него.

Кризис политического режима, согласно нашему определению, это исчерпание жизнеспособности легитимирующей формулы, определяющей место режима в мире и внутренней политике, — непреодолимый разрыв между декларируемыми целями и средствами их достижения, проявлениями которого становятся отказ общества от лояльности к власти и утрата элитой контроля над властными (прежде всего, силовыми) ресурсами. Разрешение кризиса, исходя из этого, состоит в принятии режимом новой (или радикально реформированной) легитимирующей формулы, способной восстановить лояльность общества и контроль элит. Эта концепция, связывающая судьбу политического режима с жизнеспособностью его легитимирующей формулы, создает социологически верифицируемый критерий оценки стабильности/нестабильности политического режима, позволяя проследить логику его усиления или упадка. Поэтому кризис — всегда временное явление, он не может длиться постоянно, после него обязательно наступает стабилизация. Она может быть достигнута снятием противоречий, причем противоположными средствами — как уничтожением самого режима, так и его оппонентов. В случае гипотетического кризиса российского политического режима его легитимирующая формула окажется неспособна дать ответ на дестабилизацию всех или части критериев, описываемых формулой стабильности. В соответствии с этим возможен полный или частичный кризис режима с соответствующей реакцией общества и элит и разными формами конституционных изменений.

Как показывает сравнительная история кризисов политических режимов, они могут развиваться в трех принципиально различных формах — спонтанного, управляемого или комбинированного выхода из ситуации, которым схематично соответствуют три варианта конституционной трансформации<sup>14</sup>. *Спонтанный кризис* — тот, развитие которого происходит вне и помимо существующих конституционных норм с опорой преимущественно на силовой компонент противостоящих акторов политического процесса. В правовом отношении это переход от одной политической системы к другой с полным разрывом правовой преемственности: старая конституция отвергается и принимается новая, причем без опоры на положения старой конституции о ее изменении — в результате революции или государственного переворота. Это наиболее деструктивная форма развития кризиса, которая была продемонстрирована в 1917 и 1991 гг. и в обоих случаях привела к распаду государства — Российской империи и Советского Союза. На постсоветском пространстве данная форма разрешения кризиса вела к фактическому распаду государств, экспериментировавших с цветными революциями (Украина, Грузия, Молдавия). Результатом такого развития кризиса становятся огромные издержки для общества, а в конечном счете не исключено восстановление авторитарной модели власти в той или иной форме. Кроме того, этот вариант развития кризиса делает практически неизбежным вмешательство в него внешних игроков, оправдываемое поиском собственной безопасности в меняющемся балансе сил.

*Управляемый выход из кризиса* — его введение в определенные правовые рамки либо на основе действующей конституции, либо принятой сторонами конфликта системы договоренностей. Это так называемый договорный переход к демократии, когда основные политические силы действуют в существующих конституционных рамках, достигают согласия по принципиальным острым вопросам, договариваясь по базовым положениям будущей правовой системы. Этот вариант был намечен в позднем СССР в эпоху перестройки (но не состоялся), реализовался в некоторых странах Южной и Восточной Европы, в Южной Африке, ряде стран Латинской Америки. Сделать

<sup>14</sup> Фактический материал, отражающий три варианта конституционной трансформации в разных странах, представлен в нашей книге: Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. Изд. 2. М.-Берлин: Директ-Медиа, 2015.

кризис управляемым — значит ввести его в определенное предсказуемое русло, добившись соблюдения минимальных правовых и политических гарантий. Переход власти осуществляется в соответствии (более или менее строгом) с положениями и процедурными нормами действующей конституции о ее изменении во имя поддержания правовой преемственности и легитимности нового политического режима (согласованная конституционная реформа, как это было в Испании или отчасти в некоторых странах Восточной Европы, избравших путь бархатных революций).

**Комбинированный вариант** — фактический переворот, который постепенно обретает управляемый характер в случае достижения согласия основных политических акторов, если не по всем вопросам, то по главному вопросу направления транзита власти. Фактический разрыв правовой преемственности в результате переворота камуфлируется как поддержание этой преемственности, например, путем корректировки самих процедурных параметров пересмотра, зафиксированных действующей конституцией, согласия сторон на новую интерпретацию конституционных положений старого режима либо их новое истолкование институтами конституционного правосудия. Примерами выступают конституционные перевороты, представленные как реформа, например, при переходе от Четвертой республики к Пятой во Франции или в ходе принятия конституции Японии, Греции, в государствах Балтии (где изменение режима было связано с восстановлением действия предшествующих конституций).

Каждый из этих вариантов имеет свои недостатки и преимущества: первый вариант подрывает правовую легитимность нового режима, но дает ему возможность сконструировать также принципиально новую легитимирующую формулу; второй вариант позволяет новому режиму сохранить прежнюю легитимирующую основу, но связывает его с этой основой, иногда мешая двигаться вперед; третий вариант позволяет решить обе проблемы (сочетание разрыва и воспроизводства правовой преемственности), но создает проблему лакуны между старым и новым правовыми порядками, требующую изменения самих критериев интерпретации правовых норм. Исторически в России всегда реализовывался первый вариант — конституционной революции (в частности, в 1993 г.). Но в рамках либерального подхода более рациональным представляется второй вариант выхода из кризиса, а при известных обстоятельствах (с учетом ситуации в обществе) также третий.

#### **4. Конституционная революция или реформа: дилемма Учредительного собрания и координируемой конституционной трансформации**

Рассмотрим ситуацию полноценного конституционного кризиса (с разрывом правовой преемственности или без него) и возможные способы его преодоления. Какой вариант выхода из конституционного кризиса может быть востребован обществом, зависит от ряда факторов: масштаба кризиса (причем именно конституционного, а не политического); содержания предполагаемых изменений (требуют они полного пересмотра или нет); отношения к действующей Конституции (не только к ее содержанию, но и нормам о пересмотре Конституции); расстановки политических сил и действительных целей всех инициаторов изменений.

Вариант Учредительного собрания (Конституционного собрания) для принятия новой Конституции в России эмоционально вполне понятен с учетом критики действующей Конституции за неспособность предотвратить растущую авторитарную трансформацию власти. С идеей Учредительного собрания (первый и единственный вариант которого в России был уничтожен большевиками в 1918 г.) связаны представления о возможности пересмотра российской политической традиции — в сторону отказа от советской легитимности и преступлений советской диктатуры. Деформации современного режима также связываются некоторыми с отказом от идеи принятия Конституции на Учредительном собрании после крушения коммунизма (когда она была подменена идеей Конституционного совещания при президенте), что не позволило выйти на консолидированное принятие основного закона на базе широко социального консенсуса. Все это верно и, повторяем, понятно эмоционально.

Но идея Учредительного собрания (Конституционного собрания) не представляется очевидным приоритетом текущей политики — ни с юридической, ни с политической точки зрения. Во-первых, ее реализация требует наличия в обществе так называемого конституционного момента — пика общественных ожиданий конституционного преобразования, которого нет; во-вторых, запуск данного механизма порождает волну популистских ожиданий и, следовательно, угрозу непрофессиональных решений, принятых в угоду текущим эмоциональным настроениям; в-третьих, закон о Конституционном собрании не принят, а имеющиеся проекты (разработанные в основном в 90-е гг. XX в.) демонстрируют острый конфликт ветвей власти и политических партий по вопросу о том, каковы могли бы быть его положения; в-четвертых, при существующих ценностных приоритетах возникает очевидная угроза выхода ситуации из-под контроля и утраты либеральных норм действующего Основного закона (неслучайно за данный вариант выступают крайние правые и левые силы политического спектра); в-пятых, подготовка и проведение такого масштабного социального эксперимента — очень трудное дело, не гарантированное от срывов и ошибок (совершенных, например, Временным правительством в 1917 г.), которые могут быть использованы экстремистами; в-шестых, нет никаких признаков усиления поддержки либеральных сил в обществе; наконец, в-седьмых, отсутствует, даже теоретически, согласованное решение вопроса о прерогативах данного института и их границах, исключающих узурпацию власти.

Более приемлемым представляется стратегия большинства современных демократических государств: они сдержанно относятся к созданию всемогущих и автономных институтов учредительной власти, предпочитая им временное наделение парламентов ограниченными конституирующими функциями для проведения конституционных реформ (именно такова практика успешных переходных процессов Южной и Восточной Европы конца XX в.). Опыт показывает, что лучшими оказывались те конституции (и поправки), которые разрабатывались в закрытом режиме (как, например, Основной закон ФРГ, действующая конституция Японии, Испании, Бразилии, Пятой Французской республики) — с привлечением экспертов-профессионалов и последующим утверждением готового проекта на референдуме, а не были результатом созыва Конституанты и публичного поиска компромиссов политических сил.

В сравнительной перспективе вариантами выхода из масштабного конституционного кризиса могли бы стать: 1) заключение связывающих соглашений политических партий о содержании переходного периода, его целях и содержании ключевых конституционных положений (вариант круглого стола правящей партии и оппозиции); 2) принятие специального переходного закона и изменения положений законодательства о парламентских выборах с целью наделения парламента нового созыва ограниченными конституирующими функциями (как это было сделано в Испании принятием переходного Закона о политической реформе); 3) обсуждение перспективы многоэтапной конституционной реформы — принятия временной (инструментальной) и впоследствии постоянной Конституции (как это было сделано в ЮАР или Польше — «малая» конституция, а затем постоянная). Это позволило бы сохранить демократическую легитимность Конституции 1993 г. с корректировкой ее положений, не отвечающих демократическим стандартам, а в дальнейшем, в случае необходимости, выйти на обсуждение новой Конституции.

В свете представленных аргументов ясно, что в перспективе следует стремиться избежать обеих крайностей — конституционной стагнации и полномасштабной конституционной революции.

## 5. Масштабы и инструменты трансформации конституционного строя с позиций Конституции 1993 г.

Масштабы конституционного реформирования определяются в Конституции России механизмами, заложенными в главе 9.

Радикальный вариант реформы (или пересмотр Конституции) при изменении глав 1, 2 и 9 предполагает созыв Конституанты — Конституционного собрания (ст. 135). Этот вариант требует выраженной консолидированной позиции двух палат Парламента (поддержки 3/5 голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной думы), достижимой только в условиях широкого консенсуса в отношении конституционного кризиса и необходимости выхода из него. Он теоретически оправдан в условиях фактической конституционной революции — на пике конституционных ожиданий общества, при наличии выраженного демократического консенсуса и существовании парламентских сил, способных возглавить и поэтапно проводить данную инициативу. В противном случае, как показывает сравнительный опыт, результатом станет конституционный кризис с непредсказуемыми последствиями — дестабилизацией государственного строя и/или приходом к власти откровенно популистских сил.

Другой вариант — внесение отдельных конституционных поправок в главы 3–8 (в соответствии со ст. 136) — выглядит менее радикальным, поскольку не ставит под вопрос конституционную систему в целом (теоретически одни поправки могут быть отменены другими). Но этот вариант также трудно реализуем, особенно с учетом фактора федерализма. Этот вариант изменения Конституции предполагает наличие у реформаторов квалифицированного (или близкого к нему) большинства в палатах Федерального Собрания, а также наличие серьезной поддержки в преобладающей части региональных законодательных собраний, требуемой для принятия федерального конституционного закона (ФКЗ) (для этого необходима поддержка 3/4 голосов членов Совета Федерации, 2/3 депутатов Государственной думы и одобрение 2/3 субъектов РФ на основании ст. 136 и ст. 108 Конституции и закона о поправках к ней).

Третий вариант возникает тогда, когда предлагаемые поправки к главам 3–8 выходят за их пределы и ведут к фактической трансформации основ конституционного строя. Тогда теоретически это возвращает нас к первой ситуации. Данный вариант был реализован на практике конституционной реформой 2020 г.: при формальном соответствии с фундаментальными нормами Конституции (гл. 1 и 2), а также нормами о ее пересмотре (гл. 9) реформа включила поправки более чем 40 статей (в преамбулу и гл. 3–8), затрагивающие смысл первых двух глав Конституции и возможность реализации зафиксированных в них прав. В этом случае вставал вопрос о проведении повторного всенародного голосования, как минимум аналогичного тому, который имел место 12 декабря 1993 г. Но этот вопрос был, как известно, снят проведением эрзац-плебисцита в виде непредусмотренного Конституцией «всероссийского голосования» по поправкам.

В этих рамках обсуждаются перспективы конституционной модернизации. Одним из вариантов корректировки конституционного строя могла бы стать отмена поправок, внесенных в Конституцию реформой 2020 г. Но в этом случае вновь возникает ряд тактических вопросов: следует отменить их в полном объеме или выборочно (с учетом

того, что некоторые из них позитивно воспринимаются большинством населения), одновременно или с разделением по времени (что открывает перспективы обсуждения каждой новации в соотношении с предложенной заменой); следует ли при этом обращаться к повторному всенародному голосованию (что требует предсказуемой широкой социальной поддержки данных инициатив) или обойтись без него в рамках ординарной процедуры принятия поправок? Теоретически не исключена направленная трансформация ряда фундаментальных норм Конституции без изменения ее текста путем разъяснения их нового смысла Конституционным судом — вариант, возможный в случае политического консенсуса ветвей власти по вопросу измененной трактовки существующих норм.

Итак, помимо неправовых вариантов (конституционного переворота) есть три правовых варианта: полный пересмотр Конституции (с запуском процедуры Конституционного собрания); ревизия путем поправок или путем контропоправок (это также поправки по отмене уже принятых поправок как неконституционных, хотя и ставших уже конституционными нормами); пересмотр смысла конституционных норм через их судебное толкование. Выбор из данных вариантов конституционной трансформации определяется, на наш взгляд, не столько теоретическими соображениями, сколько степенью социальной поддержки реформационных инициатив в обществе.

## 6. Технологии управляемого демократического транзита власти

Ключевой предпосылкой правового и координируемого перехода к демократии не только *de jure*, но и *de facto* является, как показывает сравнительный анализ, не столько конституционная реформа как таковая, сколько перестройка механизма власти. Наивно думать, что простая смена «конституционного дизайна» способна сделать либеральный вектор необратимым. Значительное число срывов демократического транзита связано именно с этой иллюзией. В условиях апатии гражданского общества и консерватизма элиты наиболее целесообразный вариант — постепенное движение от авторитаризма к «демократии элит», то есть введение такой системы ограниченного плюрализма, которая предполагает расширение политической конкуренции внутри правящего класса, создание четких правил игры и политико-правовых конвенций по линии соотношения правящей партии и парламентской оппозиции.

Инструментами поддержания данного контракта элит (следуя международному и, в частности, европейскому опыту переходных процессов) могли бы стать: разделение правящей партии на две (условно говоря, «консерваторов» и «прогрессистов»); введение ограниченной политической конкуренции с последующим созданием условий для перехода от имитационной многопартийности к реальной; проведение круглого стола с юридически обязывающей фиксацией договора (возможного и с привлечением внепарламентской оппозиции); поддержание достигнутых договоренностей внешним арбитром (например, Конституционным судом); в конечном счете — преодоление отчуждения между властью и обществом по линии общих целей программы преобразований. В принципе эта эволюция могла бы выглядеть как переход от режима плебисцитарного авторитаризма к современной форме смешанной президентско-парламентской (или парламентско-президентской) республики. Для этого достаточно пересмотреть легитимирующую формулу власти, закрепленную поправками 2020 г. и вернуться к аутентичному пониманию конституционных положений 1993 г. Это позволит реконструировать баланс ветвей власти по линии «государственная дума — правительство — президент» (отмена ч. 2 ст. 117) и запустить, в случае консенсуса основных акторов, процесс трансформации конституционного законодательства по другим значимым темам.

Как показывает сравнительный анализ транзитных процессов и соответствующих им конституционных поправок, здесь возможны три ситуации:

1) Глава государства идет на эти реформы в условиях нарастающего кризиса политической системы с целью заручиться поддержкой части элиты (и оппозиции) против консервативных оппонентов; это может выражаться в принятии нового конституционного законодательства или в расширении объема действия и порядка реализации политических прав и свобод, зафиксированных в действующей Конституции, — по линии снятия административных ограничений на их функционирование.

2) Действующий лидер стимулирует введение новых «правил игры» перед уходом от власти (для поддержания предсказуемости курса и сохранения личных гарантий безопасности от политического или судебного преследования); этот вариант не исключает введение конституционных поправок по значимым направлениям регулирования институтов и процедур передачи власти.

3) Новый лидер формулирует эти правила в условиях осознания непрочности поддержки со стороны элиты (с целью противопоставить одну ее часть другой). Этот вариант может стать основой запуска полномасштабной конституционной реформы. В зависимости от времени принятия решения о транзите власти политической элитой различается масштаб конституционных изменений — от минимальных (в первом случае) до более значительных (в последнем). Сам факт осознания этой дилеммы элитой и лидером позволяет готовить соответствующие реформы и кадры в недрах старого режима.

Основное преимущество согласованной конституционной реформы для общества — избежание полномасштабного конституционного кризиса с риском дестабилизации политической системы; для элиты — сохранение по-

зиций на основе новых «правил игры» и поддержание управляемости ситуации в условиях переходного периода. Конституционные нормы о разделении властей, в результате частичной корректировки, наполняются новым содержанием и дают другой функциональный эффект. Принятие модели либерально-авторитарного консенсуса позволяет трансформировать действующую систему ограниченного плюрализма в менее конфликтную форму, осуществить конституционную трансформацию в режиме непубличного диалога — предварительно решить спорные вопросы путем внутриэлитных договоренностей до вынесения их в публичное пространство, то есть выстроить систему формальных и неформальных норм, обеспечивающих эволюционную либерализацию режима.

## 7. Либеральный подход к конституционным преобразованиям в России

Конституционная реформа в России 2020 г., как продемонстрировали выступления на конференции, оценивается как консервативно-реставрационный тренд. Но выводы из этого могут быть различными — от признания его безальтернативности в текущей ситуации глобальных изменений до констатации его ограниченных содержательных и временных рамок. Это делает целесообразным перевод дискуссии в сферу гипотетических сценариев и вариативных стратегий конституционного устройства будущего. Общий смысл либерального подхода к реформам российского политического режима заключается в следующем: с одной стороны, не допустить спонтанного кризиса, ведущего к вакууму власти с последующим восстановлением авторитаризма, и с другой — обеспечить создание стабильных и понятных обществу правовых условий и правил игры в ситуации транзита власти. Именно такова была установка классического русского либерализма на рубеже XIX–XX вв., искавшего компромисс с властью по линии признания идеи ответственного (перед парламентом) правительства как условия перехода от оппозиции Его Величеству к обретению статуса оппозиции Его Величества<sup>15</sup>.

Констатируя усиление реставрационных тенденций в конституционно-правовом регулировании, а также рост инерционности и издержек существующей системы «управляемой демократии», мы обсуждаем переход к качественно новому типу государственности — полноценно функционирующему правовому государству, возможно, с «русской спецификой» (обусловленной во многом незавершенным характером российского федерализма). На этом пути предстоит реализовать именно те принципы, которые провозглашены Конституцией России 1993 г., но остались не реализованы до настоящего времени: права и свободы личности, правовое государство, конкурентные выборы, реальная многопартийность, парламентская ответственность правительства, независимость судов, сменяемость власти, предсказуемость лидерства.

В этой перспективе важное значение имеет разделение конституционно-правовых и собственно политических задач. Корректировка Конституции России (как текста), исходя из проведенного анализа, должна (по крайней мере, в текущей политической перспективе) включать не максималистские, но минималистские ориентиры: не конституционная революция, но конституционная реформа; не полный пересмотр Конституции, но ее частичная ревизия (там, где это действительно необходимо); не разрыв правовой преемственности, но ее сохранение; не Учредительное собрание, но парламент, наделенный ограниченной конституирующей властью; не спонтанная конвульсивная смена режима, но управляемый переход. В целом не принятие новой Конституции, а восстановление принципов действующей, утраченных в процессе консервативной ретрадиционализации.

Политическая составляющая конституционной трансформации, напротив, может иметь максимально широкий круг ориентиров, направленных на восстановление смысла всего блока конституционности. Эта деятельность включает следующее: разъяснительную работу в обществе, формулирование программных установок по конституционным приоритетам, издание серии «Белых книг» по отдельным вопросам конституционной реформы (федеративным, судебным, административным, местного самоуправления и т. д.); создание пакета проектов федеральных и обычных законов, а также возможного законодательства «переходного периода» с учетом различных его сценариев; подготовку дорожной карты реформ административного и судебного законодательства в наиболее значимых сферах (например, в области реализации политических прав граждан); мониторинг конституционных деформаций, сопровождаемый критическим анализом отступлений от буквы и духа Конституции, в частности поправок-2020; подготовку обобщений правоприменительной практики с рекомендациями по ее изменению. Если такая деятельность завершится созданием консолидированного рабочего проекта новой Конституции, это станет естественным продолжением деятельности, но она не должна ставить себе это главной и единственной целью.

Роль конструктивной либеральной оппозиции в критической ситуации (конституционного кризиса, транзита власти и смены лидерства) чрезвычайно важна и, на наш взгляд, состоит в следующем: представление обществу полноценного проекта конституционных реформ (а не только и не столько проекта Конституции); оппонирование консервативно-реставрационным тенденциям политической системы; продвижение либеральной повестки конституционных реформ в обществе; выстраивание диалога с той частью политической элиты, которая выступает за перемены (союз общественности и просвещенной бюрократии); подготовка пользующейся общественным

<sup>15</sup> Российский либерализм: итоги и перспективы изучения. «Х Муромцевские чтения». Под ред. Д. В. Аронова. Орел: ОГУ, 2018.

доверием и профессиональной контрэлиты — «неправящей элиты» (или «правительства народного доверия»), которая со временем может стать ядром новой правящей элиты.

Разделение задач конституционного проектирования и политического продвижения ценностей конституционализма сделает возможной более гибкую реакцию на различные глобальные и внутренние вызовы, трудно поддающиеся прогнозированию и способные иметь противоположный характер, связанный как с усилением авторитарной составляющей политического режима, так и, напротив, с утратой им стабильности и легитимности.

## Литература

1. Конституция Российской Федерации с последними изменениями на 2022 год. М.: Эксмо, 2022.
2. Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст. Аналитический доклад. М., ИППП, 2014. 75 с.
3. Конституционный мониторинг: концепция, методика и итоги экспертного опроса в России в марте 2013 года. М., ИППП, 2014.
4. Медушевский А. Н. Конституционная реформа — 2020 с позиций теории легитимности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2020. № 4. С. 15–30.
5. Медушевский А. Н. Конституция и социальный запрос на изменения в современном российском обществе. Сравнительное конституционное обозрение, 2019. № 1 (128). С. 21–41.
6. Медушевский А. Н. Российская конституционная реформа в контексте правовой глобализации. Конституционный вестник. Независимый журнал по вопросам конституционализма, 2021. № 6 (24). С. 150–167.
7. Международное и конституционное право: проблемы взаимовлияния. Коллективная монография. Под ред. А. А. Дорской, С. В. Бочкарёва. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2016.
8. Общественно-политическая мысль российского либерализма середины XVIII — начала XX вв. «XII Муромцевские чтения». Материалы международной научной конференции 9–10 октября 2020 г. Под ред. Д. В. Аронова. Орел: ОГУ им. И. С. Тургенева, 2020.
9. От революционной романтики к пониманию смысла: результаты дискуссии о перспективах трансформации российского политического режима. Фонд «Либеральная миссия» [Электронный ресурс]. URL: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/ot-revolucionnoj-romantiki-k-ponimaniyu-smysla-rezultaty-diskussii-o-perspektivah-transformacii-rossijskogo-politicheskogo-rezhima> (дата обращения: 08.02.2022 г.).
10. Популизм как общий вызов. Отв. ред. К. Кроуфорд и др. М.: Политическая энциклопедия, 2017.
11. Размышления о гипотетическом крушении политического режима в России. Фонд «Либеральная миссия» [Электронный ресурс]. URL: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/razmyshleniya-o-gipoteticheskom-krushenii-politicheskogo-rezhima-v-rossii> (дата обращения: 08.02.2022 г.).
12. Российский либерализм: итоги и перспективы изучения. «X Муромцевские чтения». Под ред. Д. В. Аронова. Орел: ОГУ им. И. С. Тургенева, 2018.
13. Россия 2018 года. Четверть века трансформации: удачные эксперименты и упущенные возможности. По материалам XXV Алтайской международной конференции. Под общ. ред. В. А. Рыжкова. М.: Школа гражданского просвещения, 2019.
14. «Слепые пятна» в диалоге между Россией и Западом: от спора вокруг нарративов к улучшению взаимопонимания. М.-Берлин: Inmedio-ИППП, 2019. 52 с. (в соавторстве).
15. Таврические чтения — 2019. Актуальные проблемы парламентаризма: история и современность. Международная научная конференция, СПб., Таврический дворец, 5–6 декабря 2019 г. Сборник научных статей. В 2 ч. Под ред. А. Б. Николаева. 2020. Ч. 2. С. 7–43.

## References

1. The Constitution of the Russian Federation with the latest amendments for 2022 [Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii s poslednimi izmeneniyami na 2022 god]. Moscow: Eksmo, 2022.
2. Constitutional principles and ways of their implementation: the Russian context. Analytical report. [Konstitutsionnye printsipy i puti ikh realizatsii: rossiiskii kontekst. Analiticheskii doklad] M.: IPPP, 2014. 75 p.
3. Constitutional monitoring: concept, methodology and results of an expert survey in Russia in March 2013. [Konstitutsionnyi monitoring: kontseptsiya, metodika i itogi ehkspertnogo oprosa v Rossii v marte 2013 goda] M.: IPPP, 2014.
4. Medushevskiy, A. N. 2020 Constitutional reform as the problem of legitimacy theory. [Konstitutsionnaya reforma 2020 s pozitsii teorii legitimnosti]. Theoretical and Applied Law, 2020. No. 4 (6). P. 15–30.
5. Medushevskiy, A. N. The constitution and the social demand for changes in modern Russian society [Konstitutsiya i sotsial'nyi zapros na izmeneniya v sovremennom rossiiskom obshchestve]. Comparative constitutional review [Srvavnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie], 2019. No. 1 (128). P. 21–41.
6. Medushevskiy, A. N. Russian constitutional reform in the context of legal globalization [Rossiiskaya konstitutsionnaya reforma v kontekste pravovoi globalizatsii]. Constitutional Bulletin. Independent journal on issues of constitutionalism [Konstitutsionnyi vestnik. Nezavisimyi zhurnal po voprosam konstitutsionalizma], 2021. No. 6 (24). P. 150–167.

7. International and constitutional law: problems of mutual influence [Mezhdunarodnoe i konstitutsionnoe pravo: problemy vzaimovliyaniya]. Collective monograph [Kollektivnaya monografiya]. Under the editorship of A. A. Dorskaya, S. V. Bochkarev. St. Petersburg: Alef-Press Publishing House [Izdatel'skii dom „Alef-Press“], 2016.
8. Socio-political thought of Russian liberalism in the middle of the XVIII — early XX centuries. “XII Muromtsev Readings” [Obschestvenno-politicheskaya mysl' rossiiskogo liberalizma serediny XVIII — nachala XX w. „XII Muromtsevskie chteniya“]. Proceedings of the international scientific conference October 9–10, 2020 [Materialy mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii 9–10 oktyabrya 2020]. Ed. D. V. Aronova. Orel: OSU named after I. S. Turgenev [OGU im. I. S. Turgeneva], 2020.
9. From revolutionary romance to understanding the meaning: the results of the discussion on the prospects for the transformation of the Russian political regime [Ot revolyutsionnoi romantiki k ponimaniyu smysla: rezul'taty diskussii o perspektivakh transformatsii rossiiskogo politicheskogo rezhima]. Foundation Liberal Mission [Electronic resource] URL: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/ot-revolycionnoj-romantiki-k-ponimaniyu-smysla-rezultaty-diskussii-o-perspektivah-transformatsii-rossijskogo-politicheskogo-rezhima> (access date 08.02.2022).
10. Populism as a common challenge [Populizm kak obshchii vyzov]. Responsible ed. K. Crawford and others. M.: Political Encyclopedia, 2017.
11. Reflections on the hypothetical collapse of the political regime in Russia [Razmyshleniya o gipoteticheskom krushenii politicheskogo rezhima v Rossii]. Liberal Mission Foundation [Electronic resource]. URL: <https://liberal.ru/defense-of-democracy/razmyshleniya-o-gipoteticheskom-krushenii-politicheskogo-rezhima-v-rossii> (access date 08.02.2022).
12. Russian liberalism: results and perspectives of the study. “X Muromtsev Readings” [Rossiiskii liberalizm: itogi i perspektivy izucheniya. «X Muromtsevskie chteniya»]. Ed. D. V. Aronova. Orel: OSU named after I. S. Turgenev [OGU im. I. S. Turgeneva], 2018.
13. Russia 2018. A quarter of a century of transformation: successful experiments and missed opportunities. Based on materials of the XXV Altai International Conference [Rossiya 2018 goda. Chetvert' veka transformatsii: udachnye ehksperimenty i upushchennye vozmozhnosti. Po materialam XXV Altaiskoi mezhdunarodnoi konferentsii]. Under ed. V. A. Ryzhkov. M.: School of civic education [Shkola grazhdanskogo prosveshcheniya], 2019.
14. “Blind spots” in the dialogue between Russia and the West: from the dispute over narratives to improving mutual understanding [„Slepye pyatna“ v dialoge mezhdru Rossiei i Zapadom: ot spora vokrug narrativov k uluchsheniyu vzaimoponimaniya]. M.-Berlin: Inmedio-STI, 2019. 52 p. (co-authored).
15. Taurida readings 2019. Actual problems of parliamentarism: history and modernity [Tavricheskie chteniya 2019. Aktual'nye problemy parlamentarizma: istoriya i sovremennost']. International scientific conference, St. Petersburg, Tauride Palace, December 5–6, 2019. Collection of scientific articles. In two parts. Ed. A. B. Nikolaev, 2020. Part 2. P. 7–43.

# ПЕНИТЕНЦИАРНАЯ КОРРУПЦИЯ: КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

**Смирнов Леонид Борисович**

профессор, доктор юридических наук, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Северо-Западный институт управления РАНХиГС), Санкт-Петербург, Российская Федерация; lbs1958@yandex.ru

## АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены особенности коррупционной преступности в местах лишения свободы. Показаны субъекты коррупционных отношений в пенитенциарной сфере. Представлены проблемы профилактики и борьбы с пенитенциарной коррупцией. На основе проведенного анализа предложены меры противодействия коррупционным проявлениям в исправительных учреждениях.

*Ключевые слова:* коррупция, взяточничество, преступления, мздоимство.

## PENITENTIARY CORRUPTION: CRIMINOLOGICAL AND PENAL ASPECTS

**Leonid B. Smirnov**

Professor, Doctor of Science (Jurisprudence), Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (North-Western Institute of Management RANEPА), Saint Petersburg, Russian Federation; lbs1958@yandex.ru

## ANNOTATION

The article discusses the features of corruption crime in places of detention. The subjects of corruption relations in the penitentiary sphere are shown. The problems of prevention and combating penitentiary corruption are presented. Based on the analysis, measures to counter corruption manifestations in correctional institutions are proposed.

*Keywords:* corruption, bribery, crimes.

---

Стратегия национальной безопасности России относит коррупцию к числу наиболее опасных угроз российскому государству и обществу. Коррупционная преступность замедляет развитие институтов государства и общества.

В системе правоохранительных органов коррупционная преступность препятствует работе функций по обеспечению законности, правопорядка и борьбы с преступностью, подрывает авторитет и доверие к правоохранительным органам.

Коррупционная преступность имеет место и в пенитенциарной системе. В результате коррупционных проявлений дискредитируется деятельность пенитенциарных учреждений по исправлению осужденных и предупреждению преступлений.

В условиях коррупции пенитенциарная система в определенной мере функционирует не в интересах государства и общества. Сотрудники пенитенциарных учреждений, совершая коррупционные преступления, разрушают основы национальной и государственной безопасности.

Пенитенциарная коррупция усиливает влияние криминальной организации осужденных и ее лидеров на преступный мир и на сотрудников исправительных учреждений.

Стратегия национальной безопасности РФ в качестве приоритетного направления в сфере обеспечения государственной и общественной безопасности на долгосрочную перспективу определяет совершенствование механизмов предупреждения коррупции и борьбы с ней. В русле антикоррупционной политики Федеральная служба исполнения наказаний в последние годы уделяет значительное внимание предупреждению коррупционных преступлений и борьбе с ними.

В юридической литературе предлагаются самые различные перечни и понятия коррупционных преступлений. Так, Б. В. Волженкин к числу коррупционных преступлений относит: мошенничество, присвоение и растрату, совершаемые с использованием служебного положения, злоупотребление должностными полномочиями, незаконное участие в предпринимательской деятельности, получение взятки, служебный подлог, воспрепятствование законной предпринимательской деятельности, ограничение конкуренции и ряд других преступлений, совершаемых государственными служащими или служащими органов местного самоуправления с использованием своего служебного положения (в широком смысле этого слова) в корыстных, иных личных или групповых целях<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Криминология: Учеб. для юрид. вузов. Под ред. В. Н. Бурлакова, В. П. Сальникова, С. В. Степашина. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та МВД России, 1999. С. 406.

И. А. Цоколов к коррупционным преступлениям относит те, которые предусмотрены главой 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» и главой 30 «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления» УК РФ, а также ряд преступлений, совершенных с использованием служебного положения в корыстных целях<sup>2</sup>.

Г. В. Костылева и М. М. Милованова отмечают, что «...при буквальном толковании понятия «коррупция», закрепленного в законе, можно сделать вывод, что фактически все преступления, содержащие квалифицирующий признак «совершение деяния лицом с использованием своего служебного положения», формально подпадают под коррупционные преступления»<sup>3</sup>.

В юридической литературе предлагаются различные определения понятия «коррупционные преступления». Так, С. В. Максимов под коррупционными преступлениями понимает предусмотренные Уголовным кодексом Российской Федерации общественно опасные деяния, непосредственно посягающие на авторитет публичной службы, выражающиеся в незаконном получении государственными или муниципальными служащими каких-либо преимуществ (услуг, льгот, имущества или прав на него) либо в предоставлении последним таких преимуществ<sup>4</sup>.

В соответствии с пп. «а» п. 1 ст. 1 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» понятие «коррупция» охватывает собой злоупотребление служебным положением, дачу взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу.

На основании отмеченного выше закона о противодействии коррупции к коррупционным преступлениям следует относить преступления, предусмотренные ст. 285 «Злоупотребление должностными полномочиями», ст. 291 «Дача взятки», ст. 290 «Получение взятки», ст. 291.2 «Мелкое взяточничество», ст. 201 «Злоупотребление полномочиями», ст. 204 «Коммерческий подкуп», ст. 204.2 «Мелкий коммерческий подкуп».

Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 г. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» к коррупционным преступлениям отнесены получение взятки (ст. 290 УК Российской Федерации), дача взятки (ст. 291 УК Российской Федерации) и посредничество во взяточничестве (ст. 291.1 УК Российской Федерации).

В основе коррупционной преступности в сфере исполнения наказания в виде лишения свободы лежит взяточничество. Непосредственно в исправительных учреждениях отношения взяточничества имеют место между субъектами исполнения наказания и субъектами отбывания наказания.

Необходимо отметить, что взяточничество в пенитенциарной системе тесным образом связано с посредничеством во взятках. Посредничество во взяточничестве в пенитенциарной системе заключается в том, что оно во многих случаях представляет собой преступный промысел, приносящий посредникам постоянный незаконный доход.

Выделяют коррупционные отношения между руководством исправительной колонии и подчиненными, между руководством исправительной колонии и осужденными, между руководством исправительной колонии и близкими осужденных, между руководством исправительной колонии и иными лицами (судьей, прокурором, вольнонаемным работником)<sup>5</sup>.

Однако перечень субъектов пенитенциарной коррупции включает всех работников уголовно-исполнительной системы (УИС), имеющих специальные звания и исполняющих наказания, а также сотрудников объединений учреждений с особыми условиями хозяйственной деятельности, федеральных государственных унитарных предприятий УИС, федерального органа УИС и его территориальных органов.

Помимо сотрудников учреждений и органов УИС, имеющих специальные звания, есть сотрудники из числа рабочих и служащих, которые также являются субъектами коррупции. Их функцией является обеспечение исправительного процесса в отношении осужденных и способствование ему.

В числе криминологических особенностей пенитенциарной коррупции имеется высокая степень организованности и устойчивости.

Таким образом, пенитенциарная коррупция представляет собой социальное общественно опасное явление пенитенциарной системы, включающее взяточничество и другие виды преступного промысла в корыстных целях.

По степени распространенности коррупционных преступлений в пенитенциарной системе стоит взяточничество, которое смыкается с посредничеством во взяточничестве.

<sup>2</sup> Яни П. С. Проблемы квалификации посредничества во взяточничестве. Законность, 2013. № 2. С. 15.

<sup>3</sup> Костылева Г. В., Милованова М. М. Должностные преступления коррупционной направленности. Следователь, 2012. № 12. С. 35.

<sup>4</sup> Максимов С. В. Коррупция. Закон. Ответственность. М.: ЮрИнфоР, 2000. С. 15.

<sup>5</sup> Сивцов С. А. Коррупционные преступления в исправительных колониях России и механизмы противодействия им. Автореф. дисс. на соискание степени канд. юрид. наук. Саратов, 2017. С. 25.

Посредничество во взяточничестве связано с посредниками-«решалами», имеющими выходы на должностных лиц, которые за взятку совершают деяния, связанные со своими должностными обязанностями. Примерами таких деяний, в частности, могут быть:

- действия по условно-досрочному освобождению осужденного;
- действия по освобождению осужденного в связи с тяжелой болезнью осужденного;
- действия по переводу осужденного из одного исправительного учреждения в другое;
- действия, связанные с созданием улучшенных материально-бытовых условий содержания осужденных.

Посредники хотя и действуют на основании обращающихся к ним заинтересованных лиц, однако и сами заинтересованы в том, чтобы должностное лицо не просто приняло взятку, но и совершило желаемые действия в интересах осужденного.

На таком постоянно удовлетворяемом коррупционерами интересе «решал» и выстроен их криминальный бизнес, однако от этого «решалы» не становятся взяткодателями, они посредники, действующие в составе организованной группы<sup>6</sup>.

Большинство коррупционных деяний связано с предоставлением условно-досрочного освобождения от отбывания наказания.

В случае условно-досрочного освобождения, изменения вида исправительного учреждения, замены лишения свободы наказанием без лишения свободы получение взятки может осуществляться за выполнение целого необходимого комплекса действий (процедур), предусмотренных уголовно-исполнительным законодательством.

Коррупционные деяния также заключаются в следующих действиях:

- предоставлении отпуска осужденному;
- создании улучшенных условий отбывания наказания;
- предоставлении осужденному права свободного передвижения без конвоя или сопровождения за пределами исправительной колонии;
- переводе осужденного на облегченные условия отбывания наказания;
- предоставлении дополнительного свидания;
- разрешении на получение дополнительных посылок, передач, бандеролей.

Достаточно распространенным коррупционным деянием является пронос в исправительное учреждение запрещенных для пользования осужденным предметов.

В основном доставляют и передают осужденным запрещенные предметы сотрудники, имеющие специальные звания (70%), и работники исправительных учреждений, не имеющие специальных званий (29%).

На территорию исправительных учреждений проносятся деньги, средства мобильной связи, наркотические средства, спиртные напитки, колюще-режущие предметы, что влечет за собой негативные последствия и совершение других преступлений. Общаясь по мобильной связи, преступные авторитеты дают распоряжения осужденным по дезорганизации нормальной деятельности исправительных учреждений.

Коррупционным преступлением, совершаемым сотрудниками УИС, является незаконное использование труда осужденных.

Причины преступности, как продукт объективных социальных противоречий, проявляясь в каждой из названных сфер, имеют свою специфику для каждой из них.

Причины пенитенциарной коррупции в значительной мере обусловлены специфическими функциями пенитенциарной системы, которые могут провоцировать совершение коррупционных преступлений.

Уголовно-исполнительное законодательство содержит достаточно большое количество правовых норм, предоставляющих осужденным возможности пользоваться определенным в законе спектром различных благ и потребностей.

Удовлетворение законных интересов связано с оценкой поведения осужденных должностными лицами органов, исполняющих наказания, а также прокуратуры и суда.

К законным интересам осужденных к лишению свободы можно отнести следующие блага:

- выезд за пределы исправительных учреждений;
- условно-досрочное освобождение от отбывания наказания;
- получение поощрения;
- перевод из обычных условий содержания в льготные;
- перевод из колонии общего или строго режима в колонию-поселение;
- предоставление права осужденному, содержащемуся в колонии-поселении, проживать с семьей;
- возможность получения высшего образования;
- предоставление права проживания за пределами исправительного учреждения.

Пенитенциарная система в силу своей специфики отличается высокой степенью закрытости от остальной части общества. Закрытость пенитенциарных учреждений от общества является основным фактором высокой латентности коррупционных преступлений<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Яни П. С. Проблемы квалификации посредничества во взяточничестве. Законность, 2013. № 2. С. 28.

<sup>7</sup> См. Сивцов С. А. Указ. соч. С. 7.

Причины коррупционного поведения обусловлены корыстными побуждениями.

Среди причин коррупционного поведения называют недостаточный уровень заработной платы сотрудников, профессиональную деформацию, недостаточную материальную обеспеченность.

В последние годы наблюдается устойчивая тенденция к увеличению числа осужденных, отбывающих наказание за совершение тяжких и особо тяжких преступлений. В местах лишения свободы происходит рост численности лидеров, активных участников группировок отрицательной направленности.

Помимо аттестованных сотрудников учреждений и органов УИС большим коррупционным рискам подвержен гражданский персонал и неаттестованные работники.

В научной литературе выдвигаются различные предложения по предупреждению коррупции в УИС, которые можно свести к следующим мерам:

- ужесточить уголовную репрессию в отношении сотрудников исправительных учреждений;
- предусмотреть в уголовном законодательстве специальные нормы ответственности в отношении должностных лиц УИС;
- перевести административную ответственность за передачу запрещенных предметов на территорию исправительной колонии работником УИС России в разряд уголовной ответственности.

Другие предложения касаются необходимого обеспечения УИС надежными кадрами, начиная с их набора на службу. Предлагается выявлять профессионально непригодных, морально неустойчивых, подпадающих в группу коррупционного риска людей.

Заслуживают поддержки предложения специалистов проводить психодиагностику сотрудников с использованием полиграфа на предмет склонности к совершению преступлений коррупционной направленности. Полагаем полезным подобную технологию применять при приеме на работу и в учебные заведения ФСИН, а также перед присвоением очередных званий и назначением на вышестоящую должность.

Предлагаем установить строгий контроль за доходами и расходами всех без исключения сотрудников УИС. С этой целью полагаем необходимым предусмотреть регулярную отчетность о движимой и недвижимой собственности сотрудника УИС и мониторинг собственности и доходов членов семей сотрудников УИС и близких родственников.

Основная нагрузка по выявлению и пресечению коррупционных проявлений возлагается на службы собственной безопасности УИС.

## Литература

1. Криминология: Учеб. для юрид. вузов. Под ред. В. Н. Бурлакова, В. П. Сальникова, С. В. Степашина. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та МВД России, 1999. 608 с.
2. *Костылева Г. В., Милованова М. М.* Должностные преступления коррупционной направленности. Следователь, 2012. № 12. С. 31–35.
3. *Максимов С. В.* Коррупция. Закон. Ответственность. М.: ЮрИнфоР, 2000. 143 с.
4. *Сивцов С. А.* Коррупционные преступления в исправительных колониях России и механизмы противодействия им. Автореф. дисс. на соискание степени канд. юрид. наук. Саратов, 2017. 35 с.
5. *Цоколов И. А.* К вопросу об оптимизации понятия «коррупционные преступления». Российский следователь, 2011. № 5. С. 13–17.
6. *Яни П. С.* Проблемы квалификации посредничества во взяточничестве. Законность, 2013. № 2. С. 24–29.

## References

1. Criminology: Studies for jurists Universities [Uchebnik dlya uridicheskikh vuzov]. Edited by V. N. Burlakov, V. P. Salnikov, S. V. Stepashin. S.-Pb.: Publishing House of the Saint Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Izdatel'stvo Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii], 1999. 608 p. (In rus.)
2. Kostyleva, G. V., Milovanova, M. M. Official crimes of corruption orientation [Dolzhnostnye prestupleniya korrupcionnoj napravlenosti]. The Investigator [Sledovatel'], 2012. No. 12. P. 31–35. (In rus.)
3. Maximov, S. V. Corruption. Law. Responsibility. [Zakon. Otvetstvennost']. Moscow: Yurinform [Yurinform], 2000. 143 p. (In rus.)
4. Sivtsov, S. A. Corruption crimes in correctional colonies of Russia and mechanisms of counteraction to them. [Korrupcionnye prestupleniya v ispravitel'nykh koloniyah Rossii i mekhanizmy protivodejstviya im]. Abstract of the candidate's dissertation of jurid. sciences'. Saratov, 2017. 35 p. (In rus.)
5. Tsokolov, I. A. On the issue of optimizing the concept of "corruption crimes" [On the issue of optimizing the concept of "corruption crimes"]. Russian Investigator [Russkiy sledovatel'], 2011. No. 5. P. 13–17. (In rus.)
6. Yani, P. S. Problems of qualification of mediation in bribery [Problems of qualification of mediation in bribery]. Legality [Zakonnost'], 2013. No. 2. P. 24–29. (In rus.)

# КИБЕРПРЕСТУПНОСТЬ В РОССИИ: АКТУАЛЬНЫЕ ВЫЗОВЫ И УСПЕШНЫЕ ПРАКТИКИ БОРЬБЫ С КИБЕРПРЕСТУПНОСТЬЮ

## **Мордвинов Константин Владимирович**

директор Центра исследований проблем общественной безопасности и правопорядка Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (РАНХиГС), Санкт-Петербург, Российская Федерация; mordvinov-kv@ranepa.ru

## **Удавихина Ульяна Андреевна**

директор проекта Центра исследований проблем общественной безопасности и правопорядка Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (РАНХиГС), Санкт-Петербург, Российская Федерация; udavikhina-ua@ranepa.ru

### **АННОТАЦИЯ**

Глобализация и стремительное развитие компьютерных и IT-технологий привели к возникновению нового вида правонарушений — киберпреступления. Данное понятие еще законодательно не закреплено, и существует проблема классификации преступлений, совершенных в киберпространстве. Авторами предлагается анализ актуального состояния киберпреступности в России за последние 10 лет. Представлен обзор современных мер противодействия киберпреступности в России и за рубежом. Обозначены некоторые рекомендации по обеспечению корпоративной кибербезопасности и перспективные направления исследований.

*Ключевые слова:* киберпреступность, мошенничество, кибербезопасность, общественная безопасность, технологии, способы предотвращения.

## **CYBERCRIME IN RUSSIA: CURRENT CHALLENGES AND GOOD PRACTICES IN COMBATING CYBERCRIME**

### **Konstantin V. Mordvinov**

Director of the Centre for Public Security and Law Enforcement Studies of North-West Institute of Management of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPa), Saint Petersburg, Russian Federation; mordvinov-kv@ranepa.ru

### **Uliana A. Udavikhina**

Project Director of the Centre for Public Security and Law Enforcement Studies of North-West Institute of Management of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPa), Saint Petersburg, Russian Federation; udavikhina-ua@ranepa.ru

### **ABSTRACT**

Globalization and the rapid development of computer and IT technologies have led to the emergence of a new type of offence — cybercrime. This concept has not yet been legislated, and there is a problem of classification of crimes committed in cyberspace. The authors offer an analysis of current state of cybercrime in Russia for the last 10 years. An overview of modern countermeasures of cybercrime in Russia and abroad is presented. Some recommendations for ensuring corporate cyber security and promising areas of research are outlined.

*Keywords:* cybercrime, fraud, cyber security, public safety, technology, prevention.

---

В эпоху глобализации, цифровой трансформации и стремительного развития компьютерных и IT-технологий современное общество, с одной стороны, пользуется преимуществами новых технологий (например, доступом к информации из любой точки мира, мгновенными электронными переводами денежных средств и другими<sup>1</sup>), с другой — столкнулось с новым направлением преступности — киберпреступностью. На сегодняшний день понятие «киберпреступность» законодательно не закреплено, однако в правовой практике под киберпреступностью

<sup>1</sup> См.: Мальцева А. П., Лошкарев А. В. Влияние цифровой экономики на киберпреступность. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2019. № 10-2 (37). С. 117–120. DOI: 10.24411/2500-1000-2019-11664.

чаще всего понимается «ограниченный круг деяний, направленных против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных систем и сетей и компьютерных данных»<sup>2,3</sup>. Российская Федерация предложила резолюцию «Противодействие использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях», на основе которой Генеральная Ассамблея ООН в 2021 г. приступила к работе над конвенцией по борьбе с киберпреступностью<sup>4</sup>. Согласно данной резолюции, государства будут иметь возможность закреплять цифровой суверенитет над своим информационным пространством. В целом можно отметить, что общественные отношения в сфере компьютерных и IT-технологий образовали новый объект для совершения преступлений, средств и способов правонарушений, что делает борьбу с киберпреступлениями одной из самых актуальных проблем современности<sup>5</sup>.

## Характеристики киберпреступности и ее актуальное состояние

Киберпреступления имеют специфические характеристики, которые осложняют процесс их обнаружения и предотвращения. К таким можно отнести<sup>6</sup>:

- высокую латентность<sup>7</sup> — киберпреступники успешно скрывают следы преступлений и долгое время остаются неустановленными;
- преимущественную неосведомленность потерпевших о факте преступного воздействия;
- трансграничность — преступник, потерпевший и объект преступления (например, база данных, банковский счет) могут быть расположены на территориях как разных субъектов страны, так и разных государств;
- автоматизированность преступлений — совершение преступлений возможно в автоматизированном режиме;
- особую подготовленность преступников, интеллектуальный характер преступной деятельности (правонарушители являются экспертами в IT-технологиях и пользуются слабыми местами в информационных системах, в программном обеспечении);
- невозможность предотвращения и пресечения киберпреступлений традиционными средствами.

Обращаясь к статистическим данным по киберпреступности, можно отметить следующее: 1) киберпреступность составляет от  $\frac{1}{3}$  до  $\frac{1}{2}$  от всех преступлений в развитых государствах в период с 2010 по 2020 гг.<sup>8</sup>; 2) 20-кратный рост киберпреступности в России в период с 2013 по 2020 гг.<sup>9</sup>; 3) значительный рост объемов убытков от киберпреступности (например, в банковском секторе<sup>10</sup>). Так, в 2019 г., по данным Центрального банка, мошенники похитили 6,4 млрд руб. у клиентов российских банков<sup>11</sup>, а в 2020 г. объем похищенного вырос на 52% и составил 9,77 млрд руб., из которых 11,3% было возвращено<sup>12</sup>.

Также в 2020 г. число зарегистрированных дел по ст. 159.3 УК РФ «Мошенничество с использованием электронных средств платежа» по сравнению с 2018 г. выросло почти в 12 раз (2018 г. — 239 дел; 2020 г. — 3083 дела)<sup>13</sup>. С одной стороны, можно отметить значительный рост активности мошенников, с другой — увеличение количества осужденных преступников по ст. 159.3 УК РФ. При этом около 50% судебных дел по ст. 159.3 УК РФ завершаются приговором к условному лишению свободы, выплате штрафа на незначительную сумму и назначению общественных работ. Это может быть связано со сложностью практики правоприменения при разграничении преступлений по ст. 159.3 УК РФ «Мошенничество с использованием электронных средств платежа», п. 3 ст. 158 УК РФ «Кража с банковского счета равно в отношении электронных денежных средств» и ст. 159.6 УК РФ «Мошенничество в сфере компьютерной информации, совершенное с банковского счета равно в отношении электронных денежных средств». На данный момент наиболее актуальным для классификации дел, связанных с киберпреступлениями, может

<sup>2</sup> См.: Кувшинова В. С. Криминологическая характеристика киберпреступности. *Международный журнал гуманитарных и естественных наук*, 2020. № 5–4. С. 53–57. DOI: 10.24411/2500-1000-2020-10598.

<sup>3</sup> См.: Агаркова А. А., Сеницына В. А. Киберпреступность в современной России. *Международный журнал гуманитарных и естественных наук*, 2021. № 5–3. С. 13–16. DOI: 10.24412/2500-1000-2021-5-3-13-16.

<sup>4</sup> Резолюции 73-й сессии (2018–2019 гг.) Третьего комитета по социальным, гуманитарным вопросам и вопросам культуры Генеральной Ассамблеи ООН [Электронный ресурс]. URL: <https://undocs.org/ru/A/73/590> (дата обращения 11.08.2021).

<sup>5</sup> См.: Дерюгин Р. А. Киберпреступность в России: современное состояние и актуальные проблемы. *Вестник Уральского юридического института МВД России*, 2019. № 2. С. 46–49.

<sup>6</sup> См.: Бондарь Е. О. Киберпреступность как новая криминальная угроза. *Вестник Московского университета МВД России*, 2020. № 1. С. 155–158. DOI: 10.24411/2073-0454-2020-10033.

<sup>7</sup> См.: Лакомов А. С. Киберпреступность: современные тенденции. *Академическая мысль*, 2019. № 2 (7). С. 53–56.

<sup>8</sup> См.: Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Киберпреступность и цифровая трансформация. *Теоретическая и прикладная юриспруденция*, 2021. № 1 (7). С. 39–53. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-39-53.

<sup>9</sup> См.: Приходько А. А., Кероян Г. Б. Потери банков от киберпреступности. *StudNet*, 2020. Т. 3. № 12. С. 212–217.

<sup>10</sup> См.: Ковтун К. А. Банковская киберпреступность как одна из основных проблем современного общества. *Теоретическая и прикладная юриспруденция*, 2021. № 1 (7). С. 94–97. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-94-97.

<sup>11</sup> Указ соч. Сноска 9.

<sup>12</sup> Потери россиян от действий кибермошенников достигли почти 10 млрд руб. Информационное агентство ТАСС. 12.04.2021 [Электронный ресурс]. URL: <https://tass.ru/ekonomika/11124421> (дата обращения 02.08.2021).

<sup>13</sup> Судебная статистика РФ. Уголовное судопроизводство. Данные о назначенном наказании по статьям УК. 2021 [Электронный ресурс]. URL: <http://stat.api-пресс.рф/stats/ug/t/14/s/17> (дата обращения 21.07.2021).

считаться Постановлением Пленума Верховного суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»<sup>14</sup>.

Согласно исследованию 2019 г. Д. В. Лобача и Е. А. Смирновой, кибератакам наиболее часто подвергаются «государственные учреждения (19%), промышленные компании (10%), медицинские учреждения (8%), финансовая отрасль (6%), а также наука и образование (6%) <...> в оставшихся 27% случаев кибератаки обращены к IT-компаниям, сфере услуг, коммерческим структурам, блокчейн-проектам, транспортной инфраструктуре и другим объектам без отраслевой привязки»<sup>15</sup>. Важно отметить, что уровень развития компетенций по информационной безопасности у сотрудников как государственных учреждений<sup>16</sup>, так и коммерческих компаний недостаточно высок для обеспечения кибербезопасности компании<sup>17</sup>.

## Современные меры противодействия киберпреступности

Несмотря на существующие сложности в обнаружении киберпреступлений и противодействии им, в мире разрабатываются успешные практики по обеспечению кибербезопасности. Одной из таких практик является привлечение «этичных» хакеров к борьбе с кибермошенничеством в банковской сфере, осуществляемое полицией Японии с 2013 г.<sup>18</sup> Правительство США успешно применяет данный способ борьбы с киберпреступностью, финансируя привлечение порядка 9 тыс. хакеров для сотрудничества с государством<sup>19</sup>. Кроме того, существуют образовательные курсы по «этичному хакерству», пользующиеся популярностью среди людей, заинтересованных в кибербезопасности<sup>20, 21</sup>.

В Российской Федерации обнаружение лиц, совершающих противоправные действия с использованием информационно-телекоммуникационных технологий, обусловлено, во-первых, совершенствованием центров ГосСОПКА<sup>22, 23</sup>, AntiFraud-систем банков, которые опознано подозрительные операции с банковским счетом и обеспечивают его временную блокировку<sup>24</sup>; во-вторых, просветительской деятельностью среди населения об алгоритмах работы мошенников и порядке действий в случае столкновения с ними, которую проводят правоохранительные органы, банки и IT-компании; в-третьих, совершенствованием российского законодательства в квалификации данного типа правонарушений<sup>25</sup>.

От кибератак наиболее часто страдают не только физические лица, но и юридические, особенно компании, специализирующиеся на продуктах интеллектуального труда (IT-компании, научные центры и лаборатории). К актуальным средствам предотвращения хищения данных в корпоративной среде можно отнести следующие:

- внедрение руководящих документов для четкого распределения обязанностей и зон ответственности сотрудников компании;

<sup>14</sup> Постановление Пленума Верховного суда РФ от 30.11.2017 № 48 (ред. от 29.06.2021) «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» [Электронный ресурс]. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_283918](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_283918) (дата обращения 11.08.2021).

<sup>15</sup> См.: Лобач Д. В., Смирнова Е. А. Состояние кибербезопасности в России на современном этапе цифровой трансформации общества и становление национальной системы противодействия киберугрозам. Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса, 2019. № 4 (11). С. 23–32. DOI: 10.24866/VVSU/2073-3984/2019-4/023-032.

<sup>16</sup> См.: Сладкова Н. М., Ильченко О. А., Степаненко А. А., Шапошников В. А. Особенности оценки компетенций по информационной безопасности государственных и муниципальных служащих. Вопросы государственного и муниципального управления, 2021. № 1. С. 122–149.

<sup>17</sup> См.: Купилова Ч. Ш., Кузьмин Ю. А. Информационная безопасность как объект киберпреступности. Oeconomia et Jus. 2019. № 4. С. 41–46.

<sup>18</sup> См.: Hayashi H., Yukawa M., Tsuta D. Japan: Cybersecurity Laws and Regulations. In Cybersecurity: A practical cross-border insight into cybersecurity law. The International Comparative Legal Guides. UK: Global Legal Group, 2021. P. 120–128.

<sup>19</sup> Коломыченко М. В интернет ввели кибервойска. Газета «Коммерсантъ», № 2 от 10.01.2017, стр. 1 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3187320> (дата обращения 11.08.2021).

<sup>20</sup> Become an Ethical Hacker. LinkedIn Learning [Электронный ресурс]. URL: <https://www.linkedin.com/learning/paths/become-an-ethical-hacker> (дата обращения 11.08.2021).

<sup>21</sup> Ethical Hacking Training. The Knowledge Academy Ltd [Электронный ресурс]. URL: <https://www.theknowledgeacademy.com/jp/courses/ethical-hacking-training> (дата обращения 11.08.2021).

<sup>22</sup> См.: Лобач Д. В., Смирнова Е. А. Состояние кибербезопасности в России на современном этапе цифровой трансформации общества и становление национальной системы противодействия киберугрозам. Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса, 2019. № 4 (11). С. 23–32. DOI: 10.24866/VVSU/2073-3984/2019-4/023-032.

<sup>23</sup> См.: Смирнов Г. Е., Макаренко С. И. Использование тестовых информационно-технических воздействий для превентивного аудита защищенности информационно-телекоммуникационных сетей. Экономика и качество систем связи, 2020. № 3 (17). С. 43–59.

<sup>24</sup> См.: Чепрасова Ю. В., Шмарион П. В. Основные направления противодействия киберпреступности. Вестник Воронежского института МВД России. 2020. № 3. С. 256–262.

<sup>25</sup> См.: Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Киберпреступность и цифровая трансформация. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 1. С. 39–53. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-39-53.

- введение пропускного режима;
- внедрение видеонаблюдения;
- отсутствие персональной информации на мобильных устройствах;
- внедрение программно-аппаратных решений по комплексному обеспечению безопасности информации, в частности сегментации компьютерной корпоративной сети;
- внедрение этики использования программного обеспечения (использование только лицензионного программного обеспечения, его регулярное обновление);
- наделение сотрудников минимальным достаточным доступом для выполнения своих задач;
- проведение внешнего аудита информационной безопасности, внешних и внутренних информационных систем;
- внедрение системы Honeypot для прогнозирования взломов системы.

Представителями университета МВД России также были обозначены актуальные направления повышения кибербезопасности, такие как: изменение алгоритма блокировки электронных ресурсов; повышение квалификации каждого сотрудника любой организации по информационной безопасности; анализ организаций, вовлеченных в разработку средств вычислительной техники; организация хакатонов для решения кейсов по кибербезопасности, создание киберполигонов, а также создание кибердружин из добровольцев, которые могут способствовать обеспечению кибербезопасности совместно с полицией<sup>26</sup>.

Развитие и внедрение успешных практик противодействия киберпреступлениям с использованием информационно-телекоммуникационных технологий требуют консолидации усилий по организации комплексных исследований, объединяющих ведущих ученых и практиков для решения актуальных проблем в сфере информационной безопасности<sup>27</sup>. Для объединения усилий по решению данных задач в 2021 г. при Северо-Западном институте управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ был создан Центр исследований проблем общественной безопасности и правопорядка. Его миссия — это повышение общественной безопасности и доверия общества к органам правопорядка в РФ через сотрудничество с ключевыми специалистами государственных структур, такими как МВД, Интерпол, Росгвардия, Федеральная служба исполнения наказаний, Прокуратура, Следственный комитет, правозащитные организации, молодежные общественно-политические объединения. В основные задачи Центра входит организация исследований в различных направлениях, создание практических руководств по результатам исследований, создание и поддержание системы мониторинга эффективности и контроля качества в сфере общественной безопасности, а также реализация программ дополнительного образования и повышения квалификации в данной сфере. В своей работе Центр отталкивается от интересов заказчика, привлекает высококвалифицированных, независимых экспертов, организует прозрачный процесс исследования и помогает внедрять его результаты на практике.

Таким образом, в условиях цифровой трансформации в отношении киберпреступлений, в частности компьютерного мошенничества, наблюдается две тенденции: с одной стороны, это рост активности злоумышленников благодаря технологическому прогрессу, модернизации способов совершения и сокрытия преступлений при помощи информационно-телекоммуникационных технологий; с другой — это развитие способов контроля финансовых операций и имущественных сделок, прозрачности взаимодействия граждан с государством и многое другое. Усиление второй тенденции возможно только при качественном взаимодействии государственных, правоохранительных органов, общественных и коммерческих организаций.

Данная статья подготовлена по материалам доклада авторов на секции «Киберпреступность: вопросы противодействия на современном этапе» в рамках Международной научно-практической конференции «Третьи Баскинские чтения» на тему «Право и государство информационной эпохи: новые вызовы и перспективы».

## Литература

1. *Агаркова А. А., Синицына В. А.* Киберпреступность в современной России. *Международный журнал гуманитарных и естественных наук*, 2021. № 5–3. С. 13–16. DOI: 10.24412/2500-1000-2021-5-3-13-16.
2. *Бондарь Е. О.* Киберпреступность как новая криминальная угроза. *Вестник Московского университета МВД России*, 2020. № 1. С. 155–158. DOI: 10.24411/2073-0454-2020-10033.
3. *Дерюгин Р. А.* Киберпреступность в России: современное состояние и актуальные проблемы. *Вестник Уральского юридического института МВД России*, 2019. № 2. С. 46–49.
4. *Кириленко В. П., Алексеев Г. В.* Киберпреступность и цифровая трансформация. *Теоретическая и прикладная юриспруденция*, 2021. № 1 (7). С. 39–53. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-39-53.

<sup>26</sup> Заседание секции «Киберпреступность: вопросы противодействия на современном этапе» 28 апреля 2021 г. в рамках Международной научно-практической конференции «Третьи Баскинские чтения» на тему «Право и государство информационной эпохи: новые вызовы и перспективы» [Электронный ресурс]. URL: <https://spb.ranepa.ru/news-science/zasedanie-sekczii-kiberprestupnost-voprosy-protivodejstviya-na-sovremennom-etape> (дата обращения 11.08.2021).

<sup>27</sup> См.: *Филимонов С. А.* Некоторые особенности борьбы с транснациональным компьютерным мошенничеством. *Вопросы управления*, 2014. № 5 (11). С. 236–243.

5. Ковтун К. А. Банковская киберпреступность как одна из основных проблем современного общества. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 1 (7). С. 94–97. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-94-97.
6. Кувшинова В. С. Криминологическая характеристика киберпреступности. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2020. № 5–4. С. 53–57. DOI: 10.24411/2500-1000-2020-10598.
7. Купирова Ч. Ш., Кузьмин Ю. А. Информационная безопасность как объект киберпреступности. Oeconomia et Jus, 2019. № 4. С. 41–46.
8. Лакомов А. С. Киберпреступность: современные тенденции. Академическая мысль, 2019. № 2 (7). С. 53–56.
9. Лобач Д. В., Смирнова Е. А. Состояние кибербезопасности в России на современном этапе цифровой трансформации общества и становление национальной системы противодействия киберугрозам. Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса, 2019. № 4 (11). С. 23–32. DOI: 10.24866/VVSU/2073-3984/2019-4/023-032.
10. Мальцева А. П., Лошкарев А. В. Влияние цифровой экономики на киберпреступность. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2019. № 10-2 (37). С. 117–120. DOI: 10.24411/2500-1000-2019-11664.
11. Приходько А. А., Керопян Г. Б. Потери банков от киберпреступности. StudNet, 2020. Т. 3. № 12. С. 212–217.
12. Сладкова Н. М., Ильченко О. А., Степаненко А. А., Шапошников В. А. Особенности оценки компетенций по информационной безопасности государственных и муниципальных служащих. Вопросы государственного и муниципального управления, 2021. № 1. С. 122–149.
13. Смирнов Г. Е., Макаренко С. И. Использование тестовых информационно-технических воздействий для превентивного аудита защищенности информационно-телекоммуникационных сетей. Экономика и качество систем связи, 2020. № 3 (17). С. 43–59.
14. Филимонов С. А. Некоторые особенности борьбы с транснациональным компьютерным мошенничеством. Вопросы управления, 2014. № 5 (11). С. 236–243.
15. Чепрасова Ю. В., Шмарион П. В. Основные направления противодействия киберпреступности. Вестник Воронежского института МВД России, 2020. № 3. С. 256–262.
16. Hayashi H., Yukawa M., Tsuta D. Japan: Cybersecurity Laws and Regulations. In Cybersecurity: A practical cross-border insight into cybersecurity law. The International Comparative Legal Guides. UK: Global Legal Group. 2021. P. 120–128.

## References

1. Agarkova, A. A., Sinitsyna, V. A. Cybercrime in modern Russia [Kiberprestupnost' v sovremennoj Rossii]. International Journal of Humanities and Natural Sciences [Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk], 2021. № 5–3. P. 13–16. DOI: 10.24412/2500-1000-2021-5-3-13-16. (In rus.)
2. Bondar, E. O. Cybercrime as a new criminal threat [Kiberprestupnost' kak novaya kriminal'naya ugroza]. Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii], 2020. № 1. P. 155–158. DOI: 10.24411/2073-0454-2020-10033. (In rus.)
3. Deryugin, R. A. Cybercrime in Russia: Current State and Current Problems [Kiberprestupnost' v Rossii: sovremennoe sostoyanie i aktual'nye problemy]. Bulletin of the Ural Law Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs [Vestnik Ural'skogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii], 2019. № 2. P. 46–49. (In rus.)
4. Kirilenko, V. P., Alekseev, G. V. Cybercrime and Digital Transformation [Kiberprestupnost' i cifrovaya transformaciya]. Theoretical and Applied Law [Teoreticheskaya i prikladnaya yurisprudentsiya], 2021. № 1 (7). P. 39–53. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-39-53. (In rus.)
5. Kovtun, K. A. Banking Cybercrime as One of the Main Problems of Modern Society [Bankovskaya kiberprestupnost' kak odna iz osnovnyh problem sovremennoogo obshchestva]. Theoretical and Applied Law [Teoreticheskaya i prikladnaya yurisprudentsiya], 2021. № 1 (7). P. 94–97. DOI: 10.22394/2686-7834-2021-1-94-97. (In rus.)
6. Kuvshinova, V. S. Criminological characteristic of cybercrime [Kriminologicheskaya harakteristika kiberprestupnosti]. International Journal of Humanities and Natural Sciences [Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk], 2020. № 5–4. P. 53–57. DOI: 10.24411/2500-1000-2020-10598. (In rus.)
7. Kupirova, Ch. Sh., Kuzmin, Yu. A. Information security as an object of cybercrime [Informacionnaya bezopasnost' kak ob'ekt kiberprestupnosti]. Oeconomia et Jus, 2019. № 4. P. 41–46. (In rus.)
8. Lakomov, A. S. Cybercrime: Current Trends [Kiberprestupnost': sovremennye tendencii]. Academic Thought [Akademicheskaya mysl'], 2019. № 2 (7). P. 53–56. (In rus.)
9. Lobach, D. V., Smirnova, E. A. State of cybersecurity in Russia at the present stage of digital transformation of society and the formation of a national system to counter cyberthreats [Sostoyanie kiberbezopasnosti v Rossii na sovremennoem etape cifrovoj transformacii obshchestva i stanovlenie nacional'noj sistemy protivodejstviya kiberugrozam]. Territory of new opportunities. Bulletin of Vladivostok State University of Economics and Service [Territoriya novyh vozmozhnostej. Vestnik Vladivostokskogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i servisa], 2019. № 4 (11). P. 23–32. DOI: 10.24866/VVSU/2073-3984/2019-4/023-032. (In rus.)

10. *Maltseva, A. P., Loshkarev, A. V.* The impact of digital economy on cybercrime [Vliyanie cifrovoj ekonomiki na kiberprestupnost']. *International Journal of Humanities and Natural Sciences [Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk]*, 2019. № 10-2 (37). P. 117–120. DOI: 10.24411/2500-1000-2019-11664. (In rus.)
11. *Prikhodko, A. A., Keropyan, G. B.* Bank losses from cybercrime [Poteri bankov ot kiberprestupnosti]. *StudNet*, 2020. V. 3. № 12. P. 212–217. (In rus.)
12. *Sladkova, N. M., Ilchenko, O. A., Stepanenko, A. A., Shaposhnikov, V. A.* Peculiarities of assessing the information security competence of state and municipal employees [Osobennosti ocenki kompetencij po informacionnoj bezopasnosti gosudarstvennyh i municipal'nyh sluzhashchih]. *State and municipal government issues [Voprosy gosudarstvennogo i municipal'nogo upravleniya]*, 2021. № 1. P. 122–149. (In rus.)
13. *Smirnov, G. E., Makarenko, S. I.* Application of test information-technical impacts for preventive security audit of information-telecommunication networks [Ispol'zovanie testovyh informacionno-tekhnicheskikh vozdeystvij dlya preventivnogo audita zashchishchennosti informacionno-telekommunikacionnyh setej]. *Economics and quality of communication systems [Ekonomika i kachestvo sistem svyazi]*, 2020. № 3 (17). P. 43–59. (In rus.)
14. *Filimonov, S. A.* Some peculiarities of combating transnational computer fraud [Nekotorye osobennosti bor'by s transnacional'nym komp'yuternym moshennicestvom]. *Management issues [Voprosy upravleniya]*, 2014. № 5 (11). P. 236–243. (In rus.)
15. *Cheprasova, Y. V., Shmarion, P. V.* Main directions of counteraction to cybercrime [Osnovnye napravleniya protivodejstviya kiberprestupnosti]. *Bulletin of Voronezh Institute of MIA of Russia [Vestnik Voronezhskogo instituta MVD Rossii]*, 2020. № 3. P. 256–262. (In rus.)
16. *Hayashi H., Yukawa M., Tsuta D.* Japan: Cybersecurity Laws and Regulations. In *Cybersecurity: A practical cross-border insight into cybersecurity law*. The International Comparative Legal Guides. UK: Global Legal Group, 2021. P. 120–128.

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НАУКИ О ПРАВЕ: ВЗГЛЯД ЦИВИЛИСТА.  
РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ  
В. Ф. ПОПОНДОПУЛО «ЧЕЛОВЕЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ:  
ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ПУБЛИЧНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ»  
(М.: ПРОСПЕКТ, 2021. 736 С.)**

**Разуваев Николай Викторович**

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

**АННОТАЦИЯ**

В статье дан развернутый анализ монографии В. Ф. Попондопуло «Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация». Автор рецензии отмечает актуальность монографии, ее комплексный и всесторонний характер, позволяющий глубоко исследовать феномен человеческой деятельности как основы правопорядка. По мнению автора, концепция, разработанная В. Ф. Попондопуло, обладает высокой научной и практической ценностью, поскольку закладывает фундамент правопонимания, способствующего преодолению кризиса теоретико-методологических оснований отраслевых юридических наук и, прежде всего, науки гражданского права. Несмотря на то, что в монографии В. Ф. Попондопуло присутствуют отдельные дискуссионные положения, они, по мнению автора, не только не снижают ценности исследования, но и стимулируют углубленное изучение проблем, рассмотренных в нем.

*Ключевые слова:* человеческая деятельность, правовое регулирование, коммуникативная теория права, частное право, публичное право, юридические нормы, субъективные права.

**CURRENT PROBLEMS OF THE SCIENCE OF LAW: A CIVILIST'S VIEW.  
REVIEW OF THE MONOGRAPH OF V. F. POPONDOPULO "HUMAN ACTIVITY:  
LEGAL FORMS OF IMPLEMENTATION AND PUBLIC ORGANIZATION"  
(M.: PROSPECT, 2021. 736 P.)**

**Nikolay V. Razuvaev**

Doctor of Science (Law), Head of the Department of Civil and Labor Law of the North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, St. Petersburg, Russian Federation; nrasuvaev@yandex.ru

**ABSTRACT**

The article provides a detailed analysis of the monograph V. F. Popondopulo "Human activity: legal forms of implementation and a public organization". The review author notes the relevance of the monograph, its integrated and comprehensive nature, allowing to deeply explore the phenomenon of human activity as the basis of law enforcement. According to the author, the concept developed by V. F. Popondopulo has a high scientific and practical value, since it lays the foundation of the theory of law that promotes the crisis of the theoretical and methodological foundations of sectoral legal sciences, primarily the science of civil law. Even though in the monograph V. F. Popondopulo present certain discussion provisions, they, according to the author, not only do not reduce the values of the study, but also stimulate an in-depth study of the problems considered in the study.

*Keywords:* human activity, legal regulation, communicative theory of law, private law, public law, legal norms, subjective rights.

---

## 1. Введение

Полагаем, не будет излишней смелостью утверждать, что в наши дни в науке о праве особенно востребованы обобщающие монографические исследования, как общетеоретического характера, так и в сфере отраслевых юридических дисциплин. Более того, юридическое познание испытывает известный дефицит в таких исследованиях,

сосредоточиваясь главным образом на рассмотрении частных вопросов, которые также в немалом количестве возникают по мере ускорения процессов нормативного регулирования и внесения все новых и новых изменений в действующее законодательство. Как следствие, особенно в отраслевых науках, возникает отчетливая диспропорция между расширяющейся эмпирической базой, наличие которой выступает необходимым условием для концептуальных обобщений, и скудостью самих этих обобщений, пока еще так и не ставших стимулом для дальнейшего роста научного знания, в том числе знания эмпирического<sup>1</sup>.

Подобная ситуация со всей наглядностью проявляет себя в тех отраслевых юридических дисциплинах, чья проблематика сформировалась в тесном контакте с философией и общей теорией права, а также иными направлениями социального знания, включая в себя тем самым как фундаментальный, так и прикладной уровни. Речь идет, прежде всего, о науках гражданского и конституционного права, переживающих активное развитие, стимулируемое реформированием соответствующих нормативных отраслей. Казалось бы, указанное обстоятельство должно способствовать и углублению доктринальной саморефлексии в плане совершенствования представлений о предмете, методологии, основных задачах познания и т. п.

Между тем на деле ничего подобного не происходит. Так, за минувшие пять лет, с 2017 по 2021 г., цивилистами были опубликованы лишь единичные работы, посвященные указанной проблематике<sup>2</sup>, причем, насколько можно судить, авторы в основном следуют в русле традиционных представлений, сформулированных в трудах О. С. Иоффе, О. А. Красавчикова, С. С. Алексеева и других ученых советской эпохи. Как следствие, творческое решение с современных позиций предметно-методологических вопросов цивилистической науки, на необходимость которого давно уже указывает В. А. Белов<sup>3</sup>, подменяется тезисами, ставшими поистине *locus communis* российского правоведения.

Так, Л. Ю. Василевская, давая беглый обзор развития гражданского права в Российской империи и Советском Союзе, завершает его выводом о том, что современное отечественное законодательство (видимо, являющееся единственным предметом, заслуживающим внимания юриста), равно как и цивилистическая доктрина, обязано своим происхождением германской цивилистике и прочно укорененному в ней идейному наследию так называемой *Begriffsjurisprudenz* (юриспруденции понятий), что якобы исключает любые возможности рецепции институтов общего права в российскую правовую систему<sup>4</sup>. Столь неожиданный, на первый взгляд, вывод находит свое логическое объяснение с учетом того обстоятельства, что упоминаемая автором «юриспруденция понятий», будучи разновидностью классического позитивизма середины позапрошлого столетия, действительно плохо сочетается с англо-американским правопорядком, доктринальную основу которого составляют аналитическая юриспруденция Г. Л. Харта и У. Хофельда, а также концепции «живого права» О. В. Холмса и Р. Паунда<sup>5</sup>.

Более того, цивилистические конструкции «юриспруденции понятий», будучи подвергнуты критике уже в трудах представителей «юриспруденции интересов» и их последователей<sup>6</sup>, в настоящее время утратили свое значение и для германского правопорядка, в том числе на уровне правоприменительной и судебной практики, как известно, переживших глубокую модернизацию после Второй мировой войны. Вот почему вызывает серьезные сомнения целесообразность и уместность попыток навязать отечественной цивилистике (под предлогом верности историческим традициям) постулатов, неактуальных в настоящее время. Едва ли оправданным представляется и прагматический пафос, разделяемый, в частности, Б. М. Гонгалом, по словам которого «юридическая наука по сути своей наука прикладная». «Если то или иное положение, сформулированное доктриной, не имеет и не может иметь практического применения, такое положение является не только ненужным, но и вредным для юридической науки»<sup>7</sup>.

В самом деле, давно уже стало самоочевидной истиной, что для науки (сколь бы прикладной она ни была) ориентация исключительно на потребности практики является столь же контрпродуктивной позицией, как для философии — опора на пресловутый *common sense*. Думается, что в наличии уровня фундаментальных знаний,

<sup>1</sup> Как известно, тезис о взаимовлиянии и взаимной обусловленности теоретического и эмпирического знаний является основополагающим для эволюционной эпистемологии К. Поппера и ряда других современных науковедческих доктрин. См.: *Popper K. Evolutionary Epistemology. Evolutionary Theory: Paths into the Future.* Ed. by J. W. Pollard. New York: John Wiley & Sons, 1984. P. 240; *Поппер К.* Логика и рост научного знания. Избранные работы. М.: «Прогресс», 1983. С. 540–541; *Разуваев В. В.* Эволюция социальной реальности и рост научного знания. Научные труды Северо-Западного института управления РАНХиГС, 2019. Т. 10. № 1 (38). С. 36–39.

<sup>2</sup> См., в частности: *Василевская Л. Ю.* К вопросу о предмете юридической науки. Российский юридический журнал, 2017. № 1 (112). С. 34–39; *Филиппова С. Ю.* Концепция науки гражданского права как объекта цивилистического исследования. Образование и право, 2017. № 4. С. 158–163; *Гонгало Б. М.* Российская наука гражданского права: исторический, предметный и академический аспекты, 2020. № 6 (135). С. 94–104.

<sup>3</sup> См.: *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики.* Под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 130 и след.

<sup>4</sup> См.: *Василевская Л. Ю.* Указ. соч. С. 37.

<sup>5</sup> См., в частности: *Харт Г. Л. А.* Небеса понятий Р. Йеринга и современная аналитическая юриспруденция. Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2021. № 63. С. 247–257.

<sup>6</sup> См. об этом подробнее: *Третьяков С. В.* Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»: кульминация и кризис волевой теории субъективного права. Вестник гражданского права, 2020. Т. 20. № 3. С. 9–42; *Haferkamp H.–P.* Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz" Fr. a. M.: V. Klostermann, 2004. S. 26–46.

<sup>7</sup> *Гонгало Б. М.* Указ. соч. С. 101–102.

напрямую не эксплицируемых из эмпирической действительности, состоит основное отличие любой науки от ремесла, а также от метанаучных видов интеллектуальной деятельности, таких как художественное творчество, политическая пропаганда и т. п. В любом случае оценки того, насколько некие доктринальные положения способны найти практическую реализацию, могут делаться лишь *ex post facto*, в достаточно протяженной временной перспективе. Например, настойчивые попытки ряда теоретиков прошлого достичь междисциплинарного синтеза путем привлечения концептуальных и методологических наработок смежных социально-гуманитарных (а то и естественных) наук<sup>8</sup> подвергались резкой критике со стороны современников, что, однако, не смогло воспрепятствовать последующему признанию полезности таких заимствований не только для общей теории, но и для прикладных юридических исследований.

В качестве наглядной иллюстрации сказанному приведем дискуссии, ведшиеся в середине 2000-х гг. вокруг постклассического правопонимания, упрекаемого в отрыве от реальности и неспособности добиться практических результатов. Примечательно, что по прошествии полутора десятилетий уже можно констатировать известное сближение позиций сторонников и противников постклассического правопонимания и, таким образом, признание перспективности последнего со стороны ученых, которые в свое время рассматривали его лишь в качестве совокупности своего рода «юридико-догматических химер»<sup>9</sup>. Более того, сейчас уже мало кем оспаривается, что постклассическое правопонимание не только является значительным достижением современной теоретико-правовой мысли, но и придало мощный импульс к развитию отраслевых юридических дисциплин, включая науку гражданского права<sup>10</sup>.

Из всего сказанного напрашивается вывод об известной кризисности правопонимания, удерживающего господствующие позиции в отраслевых юридических дисциплинах, отчасти находящегося в плену догматических представлений советской, если не досоветской, эпохи. Представляется, что именно стремлением найти выход из этой кризисной ситуации, становящейся особенно заметной на фоне успехов, достигнутых общей теорией права, ничего по существу не меняя в идейном содержании соответствующих дисциплин, объясняются апелляции и к историческим традициям, и к сугубо прикладному предназначению юриспруденции.

Безусловно, любая юридическая наука в той или иной мере призвана конструировать правовую реальность, оказывая влияние на действующее законодательство, судебную и правоприменительную практику, воплощающие в себе основные доктринальные результаты. Тем не менее признание указанного обстоятельства не должно служить тормозом к развитию отраслевых юридических дисциплин, движущей силой которого служит выработка новых концепций, осуществляемая с опорой на общетеоретические конструкции. Полагаем, что новая монография В. Ф. Попондопуло, к рассмотрению которой мы намерены далее обратиться, не только вносит заметный вклад в решение указанной задачи, но и служит важной вехой на пути к построению интегративного правопонимания, синтетически объединяющего в себе как общую теорию права, так и специальные (отраслевые) теории.

## 2. Человеческая деятельность как предмет изучения социальных наук

Первое, что привлекает внимание в монографии В. Ф. Попондопуло, — ее жанр, достаточно непривычный не только для современной юриспруденции, но и для самого автора, известного цивилиста, успешно специализирующегося в области гражданского и коммерческого права, автора ряда монографических исследований, сочетающих в себе скрупулезный фактографический анализ с весьма интересными концептуальными обобщениями<sup>11</sup>. Также хотелось бы отметить, что в исследовании получили свое развитие идеи, высказанные не только в ранее вышедших монографиях, но и в статьях, опубликованных на страницах периодических научных изданий, включая журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция»<sup>12</sup>. Тем не менее рецензируемая работа не укладывается в рамки какой-либо одной предметной области, представляя собой уникальный опыт всестороннего, комплексного изучения российской правовой системы в целом, а также основных научных проблем, возникающих в данном контексте.

Эта широта исследовательского замысла находит свое проявление уже в структуре монографии, включающей в себя два раздела, причем первый содержит социально-философский, а также теоретико-правовой анализ человеческой деятельности и общества, выступающих в качестве объекта и предмета как изучения, так и правового регулирования. Второй раздел посвящен рассмотрению системы субъективных прав, в которых автор, руковод-

<sup>8</sup> См., в частности: *Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2. Abt. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858. S. 323.*

<sup>9</sup> См., например: *Козлихин И. Ю. О нетрадиционных подходах к праву. Правоведение, 2006. № 1. С. 31–40; Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении. Правоведение, 2006. № 5. С. 4–22.*

<sup>10</sup> См. об этом, в частности: *Будилов В. М. Общая теория права в интегральном контексте: продолжение диалога (к выходу второго издания учебника А. В. Полякова «Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода»).* Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер.: Право, 2017. Т. 8. Вып. 1. С. 4–23.

<sup>11</sup> См., например: *Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность.* Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1985; *Он же. Правовой режим предпринимательства.* СПб.: Изд-во СПбГУ, 1994 и др.

<sup>12</sup> См.: *Попондопуло В. Ф. О нормативном режиме деятельности частных лиц. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2020. № 4. С. 31–38; Он же. Дуализм регулирования общественных отношений (правовое и нормативное регулирование). Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 3. С. 7–16.*

ствуюсь теоретико-методологическими предпосылками, сформулированными и обоснованными в разделе первом, видит предмет юридической науки, а не просто легальной догматики.

В четырех главах, составляющих содержание данного раздела, В. Ф. Попондопуло последовательно анализирует основные права и свободы человека, субъективные гражданские (частные) права, субъективные права, складывающиеся в сфере публичных отношений, и, наконец, субъективные права в международных отношениях. Представляется, что такой срез современного правопорядка, раскрывающий его сущность не столько через нормативную составляющую (так называемую систему права), сколько через субъективные права участников отношений, является не только новаторским, но и в максимальной мере соответствующим природе правовой регуляции поведения, важнейшим средством которой являются именно субъективные права и обязанности, в диахронной ретроспективе, а зачастую и в синхронии, предшествующие нормам.

Как видим, перед нами — не учебник, хотя по полноте раскрытия материала работа вполне может выступать в данном качестве, и не монография, как правило, связанная тесными отраслевыми рамками, но *трактат* в том буквальном значении, которое, вслед за Людвигом Мизесом<sup>13</sup>, вкладывает в данное понятие В. Ф. Попондопуло. Руководствуясь идеями Л. Мизеса, автор видит в человеческой деятельности первооснову любых видов социальной реальности (включая реальность правовую) и, следовательно, предмет изучения всех социальных наук. По словам автора: «Трактовка юридической теории, основанная на общей теории человеческой деятельности, позволяет по-новому представить соотношение правовых форм осуществления человеческой деятельности и форм ее публичной организации, как принципиально различных сфер жизни общества» (с. 4). Следуя данной идее и видя в субъективных правах и обязанностях индивидов юридические формы осуществления человеческой деятельности, В. Ф. Попондопуло создает влечащуюся развернутую онтологию правовой реальности, что до сих пор было по силам только римским юристам классической эпохи (Папиниану, Ювенцию Цельсу — младшему, Сальвию Юлиану и др.)<sup>14</sup>.

Как же понимает человеческую деятельность В. Ф. Попондопуло? По его мнению, деятельность — это социальная активность, определяемая свободной волей человека как автономного существа. Именно свобода, являющаяся важнейшей сущностной характеристикой любой социально значимой деятельности, составляет предмет изучения общественных наук, включая науки о праве, отличая их методологию от методов естественнонаучного познания. Последнему детерминированность предмета всеобщими причинно-следственными связями позволяет формулировать универсальные законы, на основе которых можно не только описывать происходящие в природе процессы, но и предвидеть те процессы, которые могут происходить в будущем. Социальные же науки, в силу специфики самого предмета, включающего в себя свободную волю индивидов, не могут формулировать таких всеобщих законов (несмотря на тщеславную уверенность некоторых теоретиков, подобных К. Марксу, в своей способности выступать в роли первооткрывателей законов истории<sup>15</sup>).

Это, впрочем, отнюдь не означает, что исторический и иные социальные процессы не подчиняются никаким законам. Такие закономерности, безусловно, существуют, но они имеют гораздо более частный и стохастичный характер, обусловленный неустранимым участием свободной воли действующих индивидов во всех сферах общественного бытия (с. 15). Данное утверждение, на наш взгляд, служит ключевой философской идеей, выгодно отличающей концепцию В. Ф. Попондопуло не только от советского и постсоветского легизма, но и от воззрений некоторых современных представителей постклассического правопонимания, декларирующих неуниверсальность прав и свобод человека, их контекстуальную обусловленность и т. п.<sup>16</sup>

Теоретические антиномии, возникающие при этом, получают достаточно убедительное разрешение в рамках правопонимания, разработанного ученым. В самом деле, если свободу и можно рассматривать в качестве абстракции применительно к нормативному определению права «в объективном смысле», то эта же абстракция наполняется предельно конкретным содержанием, когда речь заходит о субъективных правах, являющихся, по мысли автора, необходимыми элементами любого правопорядка. В таком случае утверждение о ценностной нерелевантности категории свободы для тех или иных правопорядков (например, дальневосточных) оказывается равносильным тезису, в соответствии с которым в таких правопорядках вообще отсутствуют субъективные права, а есть только обязанности и запреты, что представляется абсолютно невозможным как логически, так и эмпирически.

Важным выводом из рассмотренных положений становится понимание правовой деятельности, сближающее концепцию В. Ф. Попондопуло с такой влиятельной версией постклассического правопонимания, как коммуникативная теория права А. В. Полякова<sup>17</sup>. Как справедливо отмечает исследователь: «Любая коммуникация, включая правовую коммуникацию, зависит от деятельности участвующих в ней индивидов. Человек имеет возможность дей-

<sup>13</sup> См.: Мизес Л. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск: Социум, 2005.

<sup>14</sup> Об энциклопедическом характере классической римской юриспруденции см. подробнее: Кипп Т. История источников римского права. СПб.: Тип. Первой СПб трудовой артели, 1908. С. 99–110.

<sup>15</sup> См.: Поппер К. Р. Открытое общество и его враги. Т. 2. Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы. М.: Феникс, Междунар. фонд «Культурная инициатива», 1992. С. 97 и след.

<sup>16</sup> См., в частности: Честнов И. Л. Универсальное/контекстуальное в нормировании правом свободы. Вестник РУДН. Сер.: Юридические науки, 2016. № 2. С. 12.

<sup>17</sup> См. подробнее: Поляков А. В. Право и коммуникация. Коммуникативное правопонимание: Избр. труды. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2014. С. 11–33.

ствовать именно потому, что открывает причинные связи, определяющие процессы изменений именно потому, что обладает способностью открывать причинные связи, определяющие процессы изменений и становления в природе» (с. 20–21). Таким образом, если мы верно поняли мысль автора, необходимой предпосылкой коммуникации выступает познание истины, то есть объективных закономерностей, причинно-следственных связей, существующих в природе и в обществе.

Не станем спорить с тем, что когнитивная, познавательная функция присуща всякой коммуникации, включая, прежде всего, коммуникацию речевую<sup>18</sup>, представляющую собой процесс производства, кодирования, обмена и декодирования информации об окружающем мире<sup>19</sup>. Вместе с тем, руководствуясь обоснованной еще И. Кантом дихотомией *reinen/praktischer Vernunft*, рискнем предположить, что для правовой коммуникации познание объективной истины не является основной задачей. Вот почему правовая коммуникация представляет собой обмен не столько информацией, сколько релевантными смыслами, причем ее процедурная «правильность», выступающая гарантией взаимопонимания коммуникантов, одновременно служит залогом и когерентности конструируемой на их основе правовой реальности. Игнорирование указанного обстоятельства со стороны законодателя и правоприменителя становится причиной тяжелых и трудно исправимых дефектов правопорядка, порождая целый ряд фантомов, таких, например, как поиск «объективной истины» в уголовном процессе, отсылки к которой, как хорошо известно, долгое время служили оправданием обвинительного уклона в судопроизводстве. Даже теперь, глядя на продолжающиеся споры процессуалистов<sup>20</sup>, хочется, подобно Пилату (знавшему толк в судебных процедурах), спросить: «А что есть истина?», ведь и в самом деле нужно быть Сыном Божьим, чтобы ею *a priori* владеть.

Точно так же хотелось бы возразить автору и в его попытке обосновать меновую концепцию правовой деятельности (с. 37, 39), развивавшуюся еще в советские времена рядом ученых, прежде всего, таких как Е. Б. Пашуканис, С. И. Асканазий, Л. И. Спиридонов и др.<sup>21</sup> Думается, что, будучи взаимодействием социальным, правовая деятельность характеризуется несколькими существенными признаками, отличающими ее от простого взаимобмена товарами и прочих видов экономического обмена (который, бесспорно, также может рассматриваться в качестве социального взаимодействия при наличии этих признаков). Во-первых, правовое действие имеет *осмысленный* характер, то есть содержит в своей основе взаимосогласование культурных ценностей, а также иных смыслов, определяющих поведение сторон. Во-вторых, оно всегда обладает *ориентацией на Другого*, то есть совершается в расчете на релевантный ответ с его стороны. В-третьих, такое действие является *типизированным*, то есть значимым для всех членов общества, способных в сходной ситуации воспроизвести соответствующую типическую модель поведения<sup>22</sup>.

Собственно, именно эти свойства юридически релевантного поведения (правовой коммуникации) делают его объектом правовой регуляции, обеспечивая и основные признаки последней, которые нормативисты приписывали «объективному праву». Речь идет, прежде всего, о таких признаках, как общезначимость, общеобязательность права как регулятора человеческого поведения, по всей видимости, присущих самой природе социальной (само)регуляции как таковой. В этой связи заслуживает особо пристального внимания проблема регулирования, в юридической литературе до сих пор не получившая не только удовлетворительного рассмотрения, но и надлежащей постановки<sup>23</sup>. Детальное исследование данной проблемы, предпринятое В. Ф. Попондопуло, представляет значительный интерес, поскольку выводы, к которым приходит ученый, обладают не только ярко выраженной научной новизной, но и практической ценностью, а потому могут послужить стимулом для развития цивилистики, а также иных отраслевых юридических дисциплин.

### 3. Правовое и нормативное регулирование: сущность и различия

Легко заметить, что предложенная автором трактовка логически вытекает из сформулированного им определения общества как упорядоченной совокупности взаимодействующих индивидов, а также отношений между ними, основанных на таком взаимодействии (с. 51). Рассматривая данную проблему, далеко выходящую за рамки юри-

<sup>18</sup> См.: Колшанский Г. В. Коммуникативная функция и структура языка. Изд. 2-е, стереотип. М.: Комкнига, 2005. С. 21.

<sup>19</sup> По словам создателя математической теории связи К. Шеннона: „The fundamental problem of communication is that of reproducing at one point either exactly or approximately a message selected at another point. Frequently the messages have meaning; that is they refer to or are correlated according to some system with certain physical or conceptual entities” (*Shannon C. E. A Mathematical Theory of Communication. The Bell System Technical Journal. 1948. Vol. 27. P. 379*).

<sup>20</sup> См. об этом, в частности: Якимович Ю. К. О возможности достижения объективной истины в современном уголовном судопроизводстве. Уголовная юстиция, 2014. № 1 (3). С. 69–73.

<sup>21</sup> См.: Пашуканис Е. Б. Избр. произведения по общей теории права и государства. М.: Юрид. лит., 1980; Асканазий С. И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008; Денисов Ю. А., Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л.: Наука, 1987.

<sup>22</sup> См. подробнее: Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии. Т. I. Социология. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С. 82–83.

<sup>23</sup> Как известно, до сих пор в российской юридической литературе пользуются широким признанием концепции правового регулирования, лежащие в идейном русле марксистско-ленинской общей теории государства и права. См.: Явич Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М.: Госюриздат, 1961; Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит., 1966 и др.

спруденции, но являющуюся основополагающей для всех социальных наук, В. Ф. Попондопуло обозначает идейный антагонизм двух подходов к понятию общества, известных как социологический реализм и социологический номинализм. Для сторонников первого, представленных именами Г. Спенсера, Э. Дюркгейма, Ф. Тённиса, К. Маркса и др., общество является особой реальностью, существующей наравне с индивидами и обладающей, подобно гоббсовскому Левиафану, особым онтологическим статусом своего рода «коллективного тела»<sup>24</sup>.

Иными словами, социум может рассматриваться в качестве самостоятельного актора, вступающего со своими членами в разнообразные взаимодействия, в том числе в такие, где он обладает способностью и возможностью воздействовать на поведение всех остальных субъектов<sup>25</sup>. В свете рассмотренной установки вполне естественным оказывается тезис, в соответствии с которым право представляет собой систему норм, выражающих волю общества или государства как его руководящего органа. Таким образом, давая определение сущности права и правового регулирования, приверженцы реалистического подхода делают основной акцент на нормативной их составляющей. Юридические нормы не только мыслятся в качестве необходимого элемента, присущего любому правопорядку, но и представляют собой объективацию некоей общей воли, будь то воля государства, господствующих классов или всего общества в целом.

В противоположность такой позиции представители номиналистического подхода (в том числе юснатуралисты, Макс Вебер, Юрген Хабермас, а также иные современные теоретики) отказываются видеть в социуме реальность, обладающую бытийными свойствами, не сводимыми к взаимосвязям между индивидами и не выводимыми из них. Следовательно, общество, в том числе и в своем правовом аспекте, представляет собой поле множества индивидуальных действий<sup>26</sup>, которые совершаются под влиянием побуждений, движущих свободной и автономной человеческой волей (с. 70). Согласование множества частных интересов осуществляется на договорной основе, а потому именно договор и является основным средством правовой регуляции поведения индивидов. Будучи рассмотренным под данным углом зрения, правопорядок предстает перед нами в виде системы договорных отношений разного уровня и масштаба, фундамент которой образуют наиболее общезначимые взаимные обязательства, непосредственно вытекающие из *contrat social*, как бы этот последний ни понимался<sup>27</sup>.

Легко заметить, что в рецензируемой монографии автор последовательно развивает именно вторую, номиналистическую концепцию общества и правопорядка. По его небезосновательному мнению, важнейшим недостатком реалистического подхода является некритичное гипостазирование общих, зачастую абстрактных, понятий, наделяемых такими качествами, как сознание, воля, способность мыслить и т. п. Нельзя не согласиться с мнением В. Ф. Попондопуло «Способностью думать обладает только индивид. Общество не способно думать... Основное средство коммуникации — слово. Мышление связано с языком, и наоборот. Идеи воплощаются в термины. Язык является таким же инструментом мышления, как последнее является инструментом общественной деятельности» (с. 71). Думается, не будет преувеличением утверждать, что здесь автор, вслед за Л. Мизесом, проливает свет на природу саморегуляции, необходимо присущей любой человеческой деятельности.

Речь идет об опосредованности поведения (кроме, быть может, некоторых, чисто рефлекторных его разновидностей) мышлением и, следовательно, языком. Будучи семиотической (знаково-моделирующей) системой, язык не только обеспечивает передачу информации и конструирует реальность, в рамках которой взаимодействуют коммуницирующие индивиды, но, кроме того, представляет собой совокупность правил, регулирующих речевое общение, а именно построение конкретных высказываний, которыми обмениваются коммуниканты<sup>28</sup>. Это двойственная природа языка, выступающего одновременно и семиотической структурой, и совокупностью правил, а вернее, семиотичность любого языкового правила позволяет естественному языку выступать архетипической моделью любого вида регуляции, включая также и правовое регулирование<sup>29</sup>.

В самом деле, подобно тому, как знаково-символической природой обладают правила языка, средства правового регулирования также являются своего рода знаками. Будучи таковыми, они реализуют те же самые функции, которые являются базовыми для любых социокультурных регуляторов, а именно, во-первых, обеспечивают передачу информации в данном случае о возможном, должном и запрещенном поведении; во-вторых, конструируют правопорядок как особого рода срез социальной коммуникации; в-третьих, упорядочивают поведение субъектов права. Таким образом, человеческое поведение является саморегулирующимся процессом. Это касается любых его видов, включая поведение правовое, которое, разумеется, нуждается во внешних стимулах и ограничениях, содержащихся

<sup>24</sup> См. подробнее об этом: Хёффе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М.: Гнозис, 1994. С. 195.

<sup>25</sup> См., в частности: Дробницкий О. Г. Понятие морали. М.: Наука, 1974. С. 233–236.

<sup>26</sup> Руководствуясь образным выражением А. Тойнби. См.: Тойнби А. Исследование истории. В 3 т. Т. 2. СПб.: Изд-во СПбГУ; Изд-во Олега Абышко, 2006. С. 361.

<sup>27</sup> См.: Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права. Об общественном договоре. Трактаты. М.: Канон-Пресс-Ц; Кучково поле, 1998. С. 261.

<sup>28</sup> См. подробнее: Соломоник А. Б. Философия знаковых систем и язык. Изд. 3-е. М.: ЛКИ, 2011.

<sup>29</sup> См.: Вильчикова Е. В., Рябова М. Ю. Эволюция теории знака в зарубежной и российской лингвистике. Вестник Читинского гос. ун-та, 2010. № 5 (62). С. 37.

в правилах, устанавливаемых или санкционируемых государством<sup>30</sup>. Однако такие правила, по справедливому замечанию В. Ф. Попондопуло, выступают своего рода надстройкой, предназначенной для тех специфичных отношений, где саморегуляция в полной мере не реализует присущих ей функций (с. 92).

Речь идет, прежде всего, о публичных отношениях, строящихся на субординации участников, в число которых входят публично-правовые образования, органы власти и должностные лица. Включая такие отношения в предмет нормативного регулирования, автор вполне логично противопоставляет их отношениям частным, складывающимся между гражданами и организациями, где, в отсутствии власти и подчинения, момент саморегуляции, то есть регуляции в собственном смысле, проявляет себя со всей наглядностью. Отсюда следует вывод о существовании автономных и до известной степени противоположных друг другу режимов регулирования, а именно нормативного и правового режимов. Автор утверждает: «Правовое регулирование и нормативное регулирование — это качественно разные способы регулирования общественных отношений, что в юридической литературе обычно описывается категориями „общедозволительный режим“ и „разрешительный режим“, но, как правило, все в той же нормативной тональности» (с. 89). В. Ф. Попондопуло подчеркивает: «Сравнительная характеристика режима деятельности частных лиц и режима деятельности органов публичной власти показывает их природное различие и недопустимость смешения» (с. 91).

Представленный в монографии подход находит свое теоретическое обоснование в контексте постклассического правопонимания. Нетрудно заметить диаметрально противоположность подходов к трактовке правового регулирования, развиваемого классическими и постклассическими доктринами (с. 101). Для всех классических теорий (юснатурализма, позитивизма, социологической юриспруденции и т. п.) исходным постулатом служит тезис об объективном характере права, являющегося фактором внешним по отношению к человеку и его деятельности. Как следствие, правовое регулирование мыслится в качестве принудительного по преимуществу воздействия на поведение индивидов со стороны того или иного надындивидуального начала, выступающего носителем высшей власти. Подобная установка присуща даже естественно-правовому подходу (с. 103), в чем легко убедиться, обратившись к работам некоторых его представителей, при всех расхождениях единых в своем неприятии либеральных идей<sup>31</sup>.

Напротив, основная идея постклассического правопонимания состоит в том, что право есть специфический продукт человеческой деятельности, в котором реализуется естественно присущая последней способность к саморегуляции. Соответственно, индивиды, как убедительно доказывает В. Ф. Попондопуло, *сами творят для себя право*, являющееся внешней формой и мерой свободы человеческой личности. Право в таком случае выступает не инструментом внешнего принуждения, а совокупностью разнообразных средств взаимодействия членов общества, обеспечивающих достижение согласия и взаимопонимания между ними (с. 112). К числу указанных средств относятся не только нормы, но и субъективные права и обязанности участников отношений. Более того, имеются достаточные основания утверждать, что в эволюционном плане именно субъективные права и обязанности являются первичными средствами конструирования правопорядка и саморегуляции человеческого поведения.

Подобный (донормативный и вненормативный) способ регуляции базируется на обоюдном признании субъектов права<sup>32</sup>, учреждающем и легитимирующем правопорядок. Благодаря этому оказывается возможным правовое общение формально равных индивидов, самостоятельно регулирующих поведение друг друга посредством договоров и иных сделок, устанавливающих права и обязанности сторон, пользующиеся также признанием других членов общества, даже не являющихся участниками данного конкретного отношения. Именно это имеет в виду автор, когда утверждает, что «с давних времен настоящим источником права выступает не „народный дух“ (как утверждают представители исторической школы), не природная норма (как считают сторонники школы естественного права) и не законодательная норма (как считают позитивисты), а сделка (волевое действие). Одинаковые сделки повторяются, повторяется сила прецедента, складывается обычное право и законодательство» (с. 120–121).

Повторяемость, типизация юридических фактов, а также субъективных прав и обязанностей в длительной диахронной ретроспективе выступают предпосылкой формирования нормативной регуляции поведения, находящей свое применение не только в публично-правовой, но и в частноправовой сфере. Разумеется, частноправовое регулирование не может обходиться совсем без норм, однако эти последние, как показывает исследование, вбирают в себя однотипные субъективные права и обязанности и, следовательно, могут рассматриваться в качестве результата их обобщения. На применение большинства таких норм в той или иной мере оказывает влияние специфика конкретных отношений, развивающихся по нормативному сценарию постольку, поскольку их участники не договариваются об ином. Даже в современных условиях субъективные права и обязанности могут выступать в качестве основного средства регулирования, особенно в тех отношениях, которые, в силу своей новизны и уникальности

<sup>30</sup> См.: *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1994.

<sup>31</sup> См., например: *Зорькин В. Д.* Россия и Конституция XXI века: Взгляд с Ильинки. М.: Норма, 2007. С. 6; *Мальцев Г. В.* Нравственные основания права. М.: Норма, 2008. С. 108, 532–534.

<sup>32</sup> См.: *Поляков А. В.* Признание права и принцип формального равенства. Принцип формального равенства и взаимное признание права. Под общ. ред. В. В. Лапаевой, А. В. Полякова, В. В. Денисенко. М.: Проспект, 2016. С. 70–85.

для соответствующего правопорядка, не получили нормативного урегулирования, примером чему могут служить отношения по поводу цифровых объектов<sup>33</sup>.

Повторим еще раз, что подобный способ (само)регуляции делают возможным два обстоятельства, а именно: во-первых, свобода и автономия воли участников частноправовых отношений как разумных и мыслящих существ и, во-вторых, их всеобщее равенство. Иным образом дело обстоит в публично-правовых отношениях, необходимыми участниками которых являются государство и иные субъекты, выступающие в качестве носителей политической власти. Здесь, во избежание произвола и нарушений субъективных прав частных лиц, необходимо последовательное применение разрешительного (императивного) режима регулирования, запрещающего совершение любых действий, не разрешенных законом. Очевидно, что это предполагает четкую нормативную регламентацию соответствующих отношений, а также вторичность, производный характер правомочий субъектов властеотношений (с. 127).

Вместе с тем и в публично-правовой сфере выделяются отношения, где субъективные права участников являются первичными, а их нормативное регулирование — производным. Речь идет о закрепленных в Основном законе правах, свободах и обязанностях человека и гражданина, являющихся при всей их юридической специфике такими же субъективными правами и обязанностями, как и те, что существуют в частноправовой сфере. Хотя в юридической литературе ведутся дискуссии о том, зависит ли существование конституционных прав и свобод от их признания со стороны государства и закрепления в нормах конституционного права<sup>34</sup>, необходимо, на наш взгляд, признать правоту авторов, полагающих, что «естественные» права и свободы, образующие ядро конституционно-правового статуса личности, неотделимы от самой этой последней.

Следовательно, как в исторической ретроспективе, так и в структуре современных правопорядков они предшествуют нормативному регулированию, определяя его стратегию и общую направленность<sup>35</sup>, что находит свое подтверждение в ст. 2 Конституции Российской Федерации 1993 г.<sup>36</sup> Таким образом, предложенная в монографии В. Ф. Попондопуло концепция правового саморегулирования (частным случаем которого является и регулирование нормативное) не только вносит значительный вклад в познание его сущности, но способствует четкому теоретическому обоснованию критериев разграничения частного и публичного права. Как убедительно доказывает автор, важное место среди этих критериев занимает дихотомия методов регулирования, а именно диспозитивного, выступающего основой частноправового саморегулирования, и императивного, на котором строится регулирование публично-правовое.

К сожалению, в современном российском правопорядке это разграничение выдерживается далеко не всегда: всё чаще приходится наблюдать активную экспансию публично-правовых (нормативных) начал в область частноправового саморегулирования. Причем данный процесс стимулируется на уровне не только законодательства, но и судебной практики (в том числе решениями Конституционного и Верховного судов Российской Федерации). Есть все основания согласиться с опасениями, высказываемыми В. Ф. Попондопуло, что такая тенденция способна разрушить внутреннюю дифференциацию системы российского права и, как следствие, подорвать устойчивость отечественного правопорядка.

#### 4. Правосубъектность и субъективные права в структуре правовой реальности

Как уже было отмечено ранее, особый интерес в монографии В. Ф. Попондопуло представляет содержащаяся в ней попытка подробного исследования системы субъективных прав и обязанностей, образующей структуру правопорядка и коррелирующей системе правовых норм. И подобно тому, как на нормативном уровне проявляется дуализм частного и публичного права, правопорядок в целом характеризуется, по мысли автора, дуализмом регулирования, предполагающим деление на саморегулирование, осуществляемое посредством субъективных прав, и регулирование нормативное (с. 268). При этом нормативное регулирование основано на законе и иных формах публично-властной деятельности государства, в то время как единственным необходимым основанием правового саморегулирования выступает правосубъектность самих участников регулируемых отношений.

Как показывает В. Ф. Попондопуло, именно этот дуализм регулирования выступает важнейшим признаком системной организации правопорядка, проявляющимся во всех его аспектах. Игнорирование указанного обстоятельства не только научно необоснованно, но и бесполезно и с практической точки зрения приводит, по мысли ученого, лишь к появлению различного рода «частно-публичных химер» (с. 270), подобных публичным юридическим лицам, административным договорам, публично-правовым обязательствам, публично-частным партнер-

<sup>33</sup> См.: *Разуваев Н. В.* Цифровая трансформация субъективных гражданских прав: проблемы и перспективы. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 1 (7). С. 23–25.

<sup>34</sup> См. подробнее: *Глухарева Л. И.* Права человека в современном мире (социально-философское и государственно-правовое регулирование). М.: Юрист, 2003.

<sup>35</sup> См.: *Луковская Д. И.* Конституция Российской Федерации и современные концепции прав человека. Правоведение, 2009. № 2 (283). С. 97–100.

<sup>36</sup> Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе всенародного голосования 01.01.2020. СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

ствам и т. п. Нет особой необходимости лишней раз обращаться к тем бесплодным дискуссиям, которые ведутся в литературе вокруг указанных понятий, ни на шаг не приближая юристов к раскрытию их сути<sup>37</sup>. Представляется, что сам факт появления подобных институтов служит свидетельством той энергичной экспансии публично-правовых, нормативных конструкций в сферу частного права, о которой ранее уже шла речь. На наш взгляд, примечательная особенность рассматриваемых явлений состоит в том, что, получив нормативное закрепление, они не приводят к появлению субъективных прав и обязанностей, необходимых для реализации соответствующих институтов.

Таким образом, любые вновь возникающие нормативные образования должны адекватно воспроизводиться в структуре правоспособности участников регулируемых отношений. Это, в свою очередь, означает, что именно правосубъектность физических лиц, организаций и публично-правовых образований выступает отправной точкой в процессе регулирования человеческой деятельности, требуя к себе повышенного внимания также и со стороны науки. Вот почему в своей монографии В. Ф. Попондопуло не обходит стороной данную проблему. При этом ученый последовательно развивает так называемую меновую теорию правосубъектности, в соответствии с которой субъективные права и обязанности, образующие структуру правосубъектности, принадлежат членам общества как субъектам экономической деятельности и участникам товарообмена.

Автор утверждает: «Будучи товаровладельцем, человек является „правовладельцем“, то есть субъектом права. <...> Правосубъектность — это правовая характеристика личности человека, присущее ему качество, сопровождающее его всю жизнь, от рождения до смерти» (с. 271). Трудно не согласиться с выводом ученого, что правосубъектность не зависит от закона, а следовательно, признание либо непризнание индивидов правосубъектными не влияют на данное качество, равно как и на возможность обладать субъективными правами и обязанностями. Попытки поставить правосубъектность в зависимость от позитивно-правовых норм способны создать серьезные проблемы для правоприменительной практики, многие из которых порождаются самим же законодателем. Яркой иллюстрацией данного тезиса служит, на наш взгляд, норма п. 3 ст. 22 ГК РФ, в соответствии с которой полный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом<sup>38</sup>.

Иными словами, если следовать буквальному смыслу рассматриваемой статьи, нормативное признание способно легитимировать любые действия, включая отказ от правосубъектности и превращение лица в вещь. Едва ли в условиях современного правопорядка, краеугольным камнем которого выступает равное признание статуса субъектов права за всеми людьми, объективно возможно совершение сделок, направленных на полный отказ от правоспособности, даже в том гипотетическом (и абсолютно невероятном) случае, когда закон подобные сделки допускает. Логичнее предположить, что перед нами лишенная какого-либо смысла оговорка, подобная той, что была включена в одну из прежних редакций ст. 61 ГК РФ, определявшую ликвидацию юридического лица как его прекращение без перехода в порядке универсального правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам, кроме случаев, предусмотренных законом.

Вместе с тем, вполне разделяя позицию В. Ф. Попондопуло в вопросе о природе правосубъектности, едва ли возможно признать правильной чисто меновую ее дефиницию. В самом деле, ошибочно ставить возможность обладания субъективными правами и обязанности в зависимость от ее нормативного признания, но не менее ошибочно выводить такую возможность из обладания экономическими благами и ценностями. Нам значительно ближе антрополого-коммуникативное понимание категории правосубъектности, развиваемое в работах А. В. Полякова, а также других представителей постклассического правопонимания, к числу которых В. Ф. Попондопуло не без веских на то оснований причисляет и себя. В рамках данного понимания правосубъектность определяется как феномен, существенные свойства которого формируются под определяющим воздействием социокультурных и антропологических констант, присущих человеческому сообществу на том или ином этапе его эволюции<sup>39</sup>.

Человек обладает важнейшим свойством, максимально полно раскрывающим его природу и определяющим особое положение во Вселенной<sup>40</sup>, а именно способностью к общению, позволяющей индивиду участвовать в различных видах коммуникации, включая коммуникацию правовую и политическую. В процессе общения индивиды не

<sup>37</sup> См., в частности: *Болдырев В. А.* О «юридических лицах» публичного права. Журнал российского права, 2008. № 11 (143). С. 134; *Омелехина Н. В.* Теоретические проблемы определения обязательств в финансовой деятельности публично-правовых образований. Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право, 2011. Т. 7. № 1. С. 56–57; *Раздьяконова Е. В.* Проблемы правоприменения законодательства о публично-частном партнерстве. Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право, 2013. Т. 9. № 2. С. 67; *Старилов Ю. Н., Давыдов К. В.* Административный договор: к общей характеристике правового феномена. Юридические записки, 2013. № 3 (26). С. 100–101 и др.

<sup>38</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. В ред. Федерального закона № 430-ФЗ от 21.12.2021. СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. 2021. № 52. Ч. 1. Ст. 8989.

<sup>39</sup> См.: *Поляков А. В.* Антрополого-коммуникативное обоснование прав человека. Коммуникативное правопонимание: избр. труды. С. 39–41.

<sup>40</sup> См. подробнее: *Плеснер Х.* Ступени органического и человек: введение в философскую антропологию. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. С. 251 и след.

только обмениваются информацией, но и конструируют реальность, причем специфика такого конструирования состоит в том, что исходной его предпосылкой выступает самоконституирование индивида<sup>41</sup> в качестве лица, обладающего различными способностями, в том числе способностью обладать субъективными правами и обязанностями. Последние, как уже было отмечено, служат теми знаковыми средствами, при помощи которых субъекты конструируют правопорядок. Следовательно, товары и иные экономические блага входят в структуру правопорядка лишь в виде специфически правовых феноменов, а именно *объектов прав* (ст. 128 ГК РФ), то есть конструктов, созданных юридически релевантными способами.

Таким образом, рассмотренные категории образуют четкую терминологическую последовательность, которую схематически можно изобразить следующим образом: «человек → правосубъектность → субъективные права и обязанности → объекты прав». В этой последовательности правосубъектность занимает место первичное и исходное, а экономические блага (в виде объектов прав) — вторичное и производное. Способность к обладанию субъективными правами делает принципиально возможными товарообмен, воплощенный в динамике обязательственных отношений, куплю-продажу и иные сделки, а также все многообразие связей, образующих структуру правовой реальности, в том числе регулятивных (с. 323) и охранительных обязательств (с. 326). В свете сказанного можно поспорить с трактовкой правосубъектности как особого рода «права на право», развиваемой В. Ф. Попондопуло (с. 272). Ведь всякое субъективное право имеет сугубо конкретный характер, возникая, изменяясь и прекращаясь в рамках юридически релевантных социальных отношений (правоотношений), в процессе их позитивной либо негативной динамики.

Иными словами, в качестве знаковых средств конструирования текстуального пространства права субъективные права и обязанности всегда существуют в диалоге участников правовой коммуникации<sup>42</sup>, выступая своеобразными «репликами» коммуницирующих индивидов, семантически соотносенными с конкретными юридическими фактами, которые определяют план содержания этих высказываний. Подобные факты, или, пользуясь терминологией А. В. Стовбы, «правовые происшествия», обладают онтологическими характеристиками, такими как обстоятельства места, времени, образа действия и т. п., позволяющими видеть в них уникальные и единичные ситуации, совокупность которых образует «фактический субстрат» правовой реальности<sup>43</sup>. Будучи результатом типизации этого фактического многообразия, субъективные права и обязанности обладают релевантностью для множества сходных жизненных обстоятельств, но всегда так или иначе они существуют в тесной взаимосвязи с конкретными юридическими фактами.

Наглядной иллюстрацией сказанного служит такое субъективное право, как право собственности (ст. 209 ГК РФ), которое обладает ярко выраженной семиотической структурой, включающей в себя два типа коммуникативных отношений, а именно отношение субъекта к объекту, состоящее в волевом господстве над ним, и отношение между субъектами по поводу объекта. Суть последнего типа отношения состоит в удовлетворении и юридической защите хозяйственного интереса собственника. В специальной литературе уже давно было доказано, что конституирующими признаками, вытекающими из дефиниции права собственности, следует считать как волю собственника, так и юридически защищенный хозяйственный интерес последнего<sup>44</sup>. Универсальность указанных признаков обуславливает релевантность собственности как субъективного права в любых фактических контекстах. Тем не менее последние оказывают существенное влияние на реализацию правомочий владения, пользования и распоряжения имуществом, составляющих содержание права собственности, то есть на специфику правовых режимов объектов соответствующего права, различающихся в зависимости от того, идет ли речь о праве собственности на недвижимость или движимые вещи, общей долевой или общей совместной собственности и т. п.

Непосредственную связь права собственности (равно как и любого иного субъективного гражданского права) с фактическими основаниями его возникновения убедительно обосновывает и В. Ф. Попондопуло, по словам которого, «право <...> возникает не из чьей-либо внешней по отношению к частному лицу воли (законодателя или суда), а из его собственной воли, отражающей его правомерные интересы, то есть интересы, не нарушающие интересов других лиц. Это дает основания для того, чтобы подвергнуть сомнению утверждение о том, что вещные права могут создаваться только законом, исчерпывающе определяющим как их перечень, так и содержание каждого права» (с. 296–297)<sup>45</sup>. В противоположность субъективному праву, обладающему свойством *фактичности*,

<sup>41</sup> Видимо, есть основания согласиться с некоторыми учеными, полагающими, что истоки подобного самоконституирования коренятся в биологической природе человека как живого существа. См.: Матурана У. Р., Варела Ф. Х. Древо познания: биологические корни человеческого понимания. М.: Прогресс-Традиция, 2001.

<sup>42</sup> См.: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: ИД «Алеф-пресс», 2021. С. 13–14.

<sup>43</sup> См.: Стовба А. В. Динамическое правопонимание: попытка исторической экспликации. Труды Института государства и права Российской академии наук, 2020. Т. 15. № 3. С. 50.

<sup>44</sup> См. подробнее: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. Избр. труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: Статут, 2004. С. 39–41.

<sup>45</sup> Руководствуясь общетеоретическими представлениями, сформулированными в монографии, В. Ф. Попондопуло убедительно доказывает научную несостоятельность догматического противопоставления «права» и «факта», впервые появившегося еще в работах германских и русских цивилистов конца XIX — начала XX вв. (см., в частности: Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Ч. 2. Генезис преторского права. Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1902; Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 314–315 и др.). По мнению автора, например, право из добросовестного фактического владения имуществом (*possessio*) входит в систему субъективных вещных прав и нуждается в по-сessorной защите, хотя бы оно даже не пользовалось законодательным закреплением в качестве вещного права. Как утверждает

правоспособность как элемент правосубъектности<sup>46</sup> характеризуется *общезначимостью*<sup>47</sup> постольку, поскольку она не является ни неким «правом на право», ни совокупностью субъективных прав и обязанностей, но лишь *абстрактной возможностью* такими правами и обязанностями обладать.

Вот почему правоспособность (равно как и правосубъектность, в содержание которой она входит) является статичной, поскольку ее наличие и объем не зависят от принадлежащих лицу субъективных прав и обязанностей, а также от того обстоятельства, является ли данное лицо участником каких-либо правоотношений или нет (с. 273). Более того, рискуем предположить, что правосубъектность в основе своей, по самой своей природе, не зависит также и от признания со стороны государства, а потому обладает свойством неотъемлемости и неотчуждаемости, поскольку никто не может быть лишен правосубъектности или ограничен в ней. Это связано с тем, что правосубъектность, в силу своей антрополого-коммуникативной сущности, выступает непосредственной предпосылкой участия индивидов в правовой коммуникации. Между тем никто не может быть лишен возможности такого участия, подобно тому, как ни один разумный человек, обладающий даром речи, не может быть лишен возможности говорить.

Право на участие в коммуникации, на наш взгляд, выступает одним из наиболее базовых и естественных прав личности, непосредственно вытекающих из наличия у человека способности быть субъектом права. Современный правопорядок включает в себя множество самых разнообразных коммуникативных отношений, связывающих между собой не только частных физических и юридических лиц, но также государство и иных носителей публичной политической власти (с. 429). Эти отношения незримыми нитями пронизывают любые аспекты и виды человеческой деятельности, а потому не будет преувеличением утверждать, что право на участие в коммуникации, о котором идет речь, выступает фундаментом всей системы субъективных прав — как частных, так и публичных.

## 5. Заключение

Хотелось бы подчеркнуть, что настоящий очерк, с неизбежностью краткий и фрагментарный, не имеет своей целью дать хоть сколько-нибудь подробный и всесторонний обзор идей, содержащихся в интереснейшем исследовании В. Ф. Попондопуло. Такая неполнота вполне объяснима: ведь для того, чтобы в одной рецензии рассмотреть все детали авторской мысли, потребовалось бы, наверное, написать книгу, по объему не уступающую рецензируемому сочинению. Вот почему мы постарались сосредоточиться только на тех выводах, которые показались особенно интересными и с особой яркостью характеризующими как правопонимание, развиваемое В. Ф. Попондопуло, так и состояние отечественной правовой науки.

Подводя же итог всему ранее сказанному, мы можем прийти к следующим выводам. Как было продемонстрировано выше, отраслевые юридические науки, в том числе наука гражданского права, в настоящее время переживают состояние, которое может быть охарактеризовано как кризис теоретико-методологических оснований соответствующих отраслевых дисциплин. Причина этого состоит, на наш взгляд, в том, что, в отличие от общей теории права, для которой утрата марксизмом-ленинизмом господствующих позиций послужила стимулом для весьма плодотворного поиска нового правопонимания, отраслевые юридические науки во многом продолжают руководствоваться прежними теоретическими установками, прежде всего узко нормативным пониманием своего предмета и методологии. Попытки ученых сформулировать альтернативу марксистско-ленинской парадигме нередко сводятся к реставрации во многом утративших свою актуальность позитивистских доктрин середины XIX столетия (подобных уже упоминавшейся «юриспруденции понятий» или теории императивов Дж. Остина, А. Тона и др.), что, как несложно понять, отнюдь не способствует преодолению кризисных тенденций в отраслевых юридических теориях.

При этом в идеале новое правопонимание должно быть единым для всех юридических наук, поскольку единым является и предмет их познания, а именно право, обладающее, при всех отраслевых особенностях, единым понятием, признаками и сущностью. Признание указанного обстоятельства, в противовес искусственному разделению и противопоставлению отдельных отраслей права и юридических наук, представляет собой важный шаг на пути построения единого интегративного правопонимания. Другим требованием, которому должно соответствовать правопонимание, имеющее научные перспективы, является соответствие общим тенденциям развития социально-гуманитарного познания в целом, «встроенность» в те идейные процессы, которыми оно на сегодняшний день характеризуется.

Как было показано в настоящей работе, важнейшими из таких тенденций следует считать конструктивистский подход, признание человеческого общества и всех его специализированных подсистем, включая подсистему правовую в качестве единой саморазвивающейся системы, а также логически вытекающий из этих предпосылок эволюционизм, в основе которого лежит признание всех социальных процессов взаимосвязанными проявлениями саморазвития общества в диахронной ретроспективе. Представляется, что концепция, развернуто и всесторонне изложенная в монографии В. Ф. Попондопуло, в полной мере отвечает указанным требованиям, что является

В. Ф. Попондопуло, подобный вывод логически следует из того обстоятельства, что «право возникает не из закона, а из целенаправленных заинтересованных действий человека, признаваемых другими лицами» (с. 295).

<sup>47</sup> О философском и юридическом значении категорий фактичности и (обще)значимости см. подробнее: *Habermas J. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* Fr. a. Main: Suhrkamp, 1992.

залогом ее научной продуктивности. Основная идея ученого состоит в том, что право является одним из аспектов человеческой деятельности, обладающих всеми свойствами, присущими этой последней, включая способность к саморегулированию.

Именно в этом, то есть в общественном саморегулировании, видит автор суть правового регулирования, первичными и наиболее важными средствами которого выступают субъективные права и обязанности, принадлежащие индивидам как существам, обладающим свободной волей, способностью к коммуникации и имущественной автономией. Отсюда следует вывод о том, что регулированием в собственном смысле данного понятия является саморегулирование, со всей полнотой проявляющее себя в частноправовой сфере. С данным выводом трудно не согласиться, ведь именно в частном праве основаниями возникновения, изменения и прекращения большинства складывающихся отношений являются свободные договоры между субъектами хозяйственной деятельности, а сами отношения строятся на принципе равенства участников, отсутствии власти одних и подчинения других субъектов. Повторим еще раз, что в подобных условиях саморегулируемость правопорядка проявляет себя со всей наглядностью и становится практически идеальным объектом, чьи закономерности могут быть сформулированы буквально с математической точностью.

Что касается публичного права, предмет которого составляют властеотношения, его регулятивные свойства, по мнению автора, имеют принципиально иной характер. Необходимым звеном механизма публично-правового регулирования является норма, установленная или санкционированная государством и обеспеченная средствами государственного принуждения на случай неисполнения либо ненадлежащего исполнения адресатами. Публично-правовое (нормативное) регулирование автор противопоставляет частноправовому саморегулированию, усматривая в этом проявление дуализма, характеризующего правопорядок. Впрочем, нам представляется, что подобное противопоставление имеет значение лишь в современных условиях, ведь долгое время (а именно в Древнем мире и в Средние века) правопорядки характеризовались как неразвитостью нормативной составляющей, так и безусловным доминированием частноправового начала. Причем частное право имело своим предметом как отношения, строящиеся на принципе равенства, так и отношения власти и подчинения, в чем легко убедиться на примере римского частного права.

Это, разумеется, не единственное возражение, которое может быть высказано применительно к концепции В. Ф. Попондопуло. Важно, однако, другое. Как и любая новая, оригинальная и, с научной точки зрения, весьма перспективная теория, правопонимание, предложенное автором, не свободно от дискуссионных положений. Тем не менее эти положения не только не умаляют очевидных достоинств рецензируемой монографии, но и стимулируют творческий поиск, открывающий для юриспруденции новые пути и горизонты познания, в чем, возможно, состоит одна из приоритетных задач, стоящих перед любым исследователем.

## Литература

1. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит, 1966. 177 с.
2. *Асканазий С. И.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008. 856 с.
3. *Барон Ю.* Система римского гражданского права. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. 1102 с.
4. *Болдырев В. А.* О «юридических лицах» публичного права. Журнал российского права, 2008. № 11 (143). С. 127–134.
5. *Будилов В. М.* Общая теория права в интегральном контексте: продолжение диалога (к выходу второго издания учебника А. В. Полякова «Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода»). Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер.: Право, 2017. Т. 8. Вып. 1. С. 4–23.
6. *Василевская Л. Ю.* К вопросу о предмете юридической науки. Российский юридический журнал, 2017. № 1 (112). С. 34–39.
7. *Вебер М.* Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии. Т. I. Социология. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. 448 с.
8. *Венедиктов А. В.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: Статут, 2004. 557 с.
9. *Вильчикова Е. В., Рябова М. Ю.* Эволюция теории знака в зарубежной и российской лингвистике. Вестник Читинского гос. ун-та, 2010. № 5 (62). С. 33–38.
10. *Глухарева Л. И.* Права человека в современном мире (социально-философское и государственно-правовое регулирование). М.: Юристъ, 2003. 303 с.
11. *Гонгалло Б. М.* Российская наука гражданского права: исторический, предметный и академический аспекты, 2020. № 6 (135). С. 94–104.
12. *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики.* Под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. 993 с.
13. *Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б.* О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении. Правоведение, 2006. № 5. С. 4–22.

14. *Денисов Ю. А.*, Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л.: Наука, 1987. 207 с.
15. *Дробницкий О. Г.* Понятие морали. М.: Наука, 1974. 388 с.
16. *Зорькин В. Д.* Россия и Конституция XXI века: взгляд с Ильинки. М.: Норма, 2007. 399 с.
17. *Кипп Т.* История источников римского права. СПб.: Тип. Первой СПб трудовой артели, 1908. 156 с.
18. *Козлихин И. Ю.* О нетрадиционных подходах к праву. Правоведение, 2006. № 1. С. 31–40.
19. *Колшанский Г. В.* Коммуникативная функция и структура языка. Изд. 2-е, стереотип. М.: Комкнига, 2005. 176 с.
20. *Луковская Д. И.* Конституция Российской Федерации и современные концепции прав человека. Правоведение, 2009. № 2 (283). С. 97–100.
21. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1994. 184 с.
22. *Мальцев Г. В.* Нравственные основания права. М.: Норма, 2008. 552 с.
23. *Матурана У. Р., Варела Ф. Х.* Дерево познания: биологические корни человеческого понимания. М.: Прогресс-Традиция, 2001. 224 с.
24. *Мизес Л.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. Челябинск: Социум, 2005. 878 с.
25. *Омелехина Н. В.* Теоретические проблемы определения обязательств в финансовой деятельности публично-правовых образований. Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право, 2011. Т. 7. № 1. С. 52–60.
26. *Пашуканис Е. Б.* Избр. произведения по общей теории права и государства. М.: Юрид. лит., 1980. 271 с.
27. *Плеснер Х.* Ступени органического и человек: введение в философскую антропологию. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. 368 с.
28. *Покровский И. А.* Право и факт в римском праве. Ч. 2. Генезис преторского права. Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1902. 209 с.
29. *Поляков А. В.* Коммуникативное правопонимание: избранные труды. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2014. 575 с.
30. *Поляков А. В.* Признание права и принцип формального равенства. Принцип формального равенства и взаимное признание права. Под общ. ред. В. В. Лапаевой, А. В. Полякова, В. В. Денисенко. М.: Проспект, 2016. С. 70–85.
31. *Попондопуло В. Ф.* Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1985. 112 с.
32. *Попондопуло В. Ф.* Дуализм регулирования общественных отношений (правовое и нормативное регулирование). Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 3. С. 7–16.
33. *Попондопуло В. Ф.* О нормативном режиме деятельности частных лиц. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2020. № 4. С. 31–38.
34. *Попондопуло В. Ф.* Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во СПбГУ, 1994. 208 с.
35. *Поппер К.* Логика и рост научного знания. Избранные работы. М.: «Прогресс», 1983. 605 с.
36. *Поппер К. Р.* Открытое общество и его враги. Т. 2. Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы. М.: Феникс, Междунар. фонд «Культурная инициатива», 1992. 528 с.
37. *Раздьяконова Е. В.* Проблемы правоприменения законодательства о публично-частном партнерстве. Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право, 2013. Т. 9. № 2. С. 61–68.
38. *Разуваев Н. В.* Цифровая трансформация субъективных гражданских прав: проблемы и перспективы. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 1 (7). С. 18–38.
39. *Разуваев Н. В.* Эволюция социальной реальности и рост научного знания. Научные труды Северо-Западного института управления РАНХиГС, 2019. Т. 10. № 1 (38). С. 32–43.
40. *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. Трактаты. М.: Канон-Пресс-Ц; Кучково поле, 1998. 416 с.
41. *Соломоник А. Б.* Философия знаковых систем и язык. Изд. 3-е. М.: ЛКИ, 2011. 408 с.
42. *Старилов Ю. Н., Давыдов К. В.* Административный договор: к общей характеристике правового феномена. Юридические записки, 2013. № 3 (26). С. 95–102.
43. *Стовба А. В.* Динамическое правопонимание: попытка исторической экспликации. Труды Института государства и права Российской академии наук, 2020. Т. 15. № 3. С. 47–60.
44. *Тойнби А.* Исследование истории. В 3 т. Т. 2. СПб.: Изд-во СПбГУ; Изд-во Олега Абышко, 2006. 446 с.
45. *Третьяков С. В.* Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»: кульминация и кризис волевой теории субъективного права. Вестник гражданского права, 2020. Т. 20. № 3. С. 9–42.
46. *Филиппова С. Ю.* Концепция науки гражданского права как объекта цивилистического исследования. Образование и право, 2017. № 4. С. 158–163.
47. *Харт Г. Л. А.* Небеса понятий Р. Йеринга и современная аналитическая юриспруденция. Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология, 2021. № 63. С. 247–257.
48. *Хеффе О.* Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М.: Гнозис, 1994. 319 с.
49. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб.: ИД «Алеф-пресс», 2021. 650 с.

50. *Честнов И. Л.* Универсальное/контекстуальное в нормировании правом свободы. Вестник РУДН. Сер.: Юридические науки, 2016. № 2. С. 9–19.
51. *Явич Л. С.* Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М.: Госюриздат, 1961. 172 с.
52. *Якимович Ю. К.* О возможности достижения объективной истины в современном уголовном судопроизводстве. Уголовная юстиция, 2014. № 1 (3). С. 69–73.
53. *Habermas, J.* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Fr. a. Main: Suhrkamp, 1992. 667 S.
54. *Haferkamp, H.-P.* Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz" Fr. a. M.: V. Klostermann, 2004. XVIII + 534 S.
55. *Jhering, R.* von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2. Abt. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858. XX + 696 S.
56. *Popper, K.* Evolutionary Epistemology. Evolutionary Theory: Paths into the Future. Ed. by J. W. Pollard. New York: John Wiley & Sons, 1984. S. 239–255.
57. *Shannon, C. E.* A Mathematical Theory of Communication. The Bell System Technical Journal, 1948. Vol. 27. P. 379–423.

## References

1. Alekseev, S. S. The mechanism of legal regulation in the socialist state [Mekhanizm pravovogo regulirovaniya v sotsialisticheskom gosudarstve]. M.: Yurid. lit., 1966. 177 p. (In rus.)
2. Askanzhiy, S. I. Basic questions of the theory of socialist civil law [Osnovnye voprosy teorii sotsialisticheskogo grazhdanskogo prava]. M.: Statut, 2008. 856 p. (In rus.)
3. Baron, Yu. The system of Roman civil law [Sistema rimskogo grazhdanskogo prava]. St. Petersburg: R. Aslanov Publishing House "Legal Center Press" [Izd-vo R. Aslanova "Yuridicheskii tsentr PresS"], 2005. 1102 p. (In rus.)
4. Boldyrev, V. A. On the "legal entities" of public law. Journal of Russian law [O "yuridicheskikh litsakh" publ'nogo prava], 2008. No. 11 (143). P. 127–134. (In rus.)
5. Budilov, V. M. General Theory of Law in an Integral Context: Continuation of the Dialogue (towards the release of the second edition of A. V. Polyakov's textbook "The General Theory of Law: Problems of Interpretation in the Context of a Communicative Approach") [Obshchaya teoriya prava v integral'nom kontekste: prodolzhenie dialoga (k vykhodu vtorogo izdaniya uchebnika A. V. Polyakova "Obshchaya teoriya prava: problemy interpretatsii v kontekste kommunikativnogo podkhoda")]. Bulletin of St. Petersburg University. Ser.: Right [Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Ser.: Pravo], 2017. Vol. 8. Issue. 1. P. 4–23. (In rus.)
6. Vasilevskaya, L. Yu. On the subject of legal science [K voprosu o predmete yuridicheskoi nauki]. Russian Journal of Law [Rossiiskii yuridicheskii zhurnal], 2017. No. 1 (112). P. 34–39. (In rus.)
7. Weber, M. Economy and society: essays on understanding sociology. T. I. Sociology [Khozyaistvo i obshchestvo: ocherki ponimayushchei sotsiologii. T. I. Sotsiologiya]. M.: Ed. House of the Higher School of Economics [Izd. dom Vysshei shkoly ehkonomiki], 2016. 448 p. (In rus.)
8. Venediktov, A. V. Selected works on civil law. In 2 vols. T. II [Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu. V 2 t. T. II]. M.: Statut, 2004. 557 p. (In rus.)
9. Vilchikova, E. V., Ryabova, M. Yu. The evolution of the theory of the sign in foreign and Russian linguistics [Ehvolutsiya teorii znaka v zarubezhnoi i rossiiskoi lingvistike]. Bulletin of the Chita State University [Vestnik Chitinskogo gos. un-ta], 2010. No. 5 (62). P. 33–38. (In rus.)
10. Glukhareva, L. I. Human rights in the modern world (social-philosophical and state-legal regulation) [Prava cheloveka v sovremennom mire (sotsial'no-filosofskoe i gosudarstvenno-pravovoe regulirovanie)]. M.: Yurist, 2003. 303 p. (In rus.)
11. Gongalo, B. M. Russian science of civil law: historical, subject and academic aspects [Rossiiskaya nauka grazhdanskogo prava: istoricheskii, predmetnyi i akademicheskii aspekty], 2020. No. 6 (135). P. 94–104. (In rus.)
12. Civil law: actual problems of theory and practice [Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki]. Ed. V. A. Belova. M.: Yurayt-Izdat [Yurait-Izdat], 2007. 993 p. (In rus.)
13. Grevtsov, Yu. I., Khokhlov, E. B. About legal and dogmatic chimeras in modern Russian jurisprudence [O yuridiko-dogmaticheskikh khimerakh v sovremennom rossiiskom pravovedenii]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2006. No. 5. P. 4–22. (In rus.)
14. Denisov, Yu. A., Spiridonov, L. I. Abstract and concrete in Soviet jurisprudence [Abstraktnoe i konkretное v sovetskom pravovedenii]. L.: Science [Nauka], 1987. 207 p. (In rus.)
15. Drobnitsky, O. G. The concept of morality [Ponyatie morali]. M.: Science [Nauka], 1974. 388 p. (In rus.)
16. Zorkin, V. D. Russia and the Constitution of the 21st century: A view from Ilyinka [Rossiya i Konstitutsiya XXI veka: vzglyad s Ilyinki]. M.: Norma, 2007. 399 p. (In rus.)
17. Kipp, T. History of the sources of Roman law [Istoriya istochnikov rimskogo prava]. SPb.: Publishing House of the First St. Petersburg Labor Artel [Tipografiya Pervoi SPb trudovoi arteli], 1908. 156 p. (In rus.)

18. Kozlikhin, I. Yu. On non-traditional approaches to law [O netraditsionnykh podkhodakh k pravu]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2006. No. 1. P. 31–40. (In rus.)
19. Kolshansky, G. V. Communicative function and structure of the language [Kommunikativnaya funktsiya i struktura yazyka]. Ed. 2nd, stereotype. M.: Komkniga, 2005. 176 p. (In rus.)
20. Lukovskaya, D. I. The Constitution of the Russian Federation and modern concepts of human rights [Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii i sovremennye kontseptsii prav cheloveka]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2009. No. 2 (283). P. 97–100. (In rus.)
21. Malko, A. V. Incentives and restrictions in law: theoretical and informational aspect [Stimuly i ogranicheniya v prave: teoretiko-informatsionnyi aspekt]. Saratov: Saratovsk University Publishing House [Izd-vo Saratovsk. un-ta], 1994. 184 p. (In rus.)
22. Maltsev, G. V. Moral foundations of law [Nrvstvennye osnovaniya prava]. M.: Norma, 2008. 552 p. (In rus.)
23. Maturana, W. R., Varela, F. H. The Tree of Knowledge: The Biological Roots of Human Understanding [Drevo poznaniya: biologicheskie korni chelovecheskogo ponimaniya]. M.: Progress-Tradition [Progress-Traditsiya], 2001. 224 p. (In rus.)
24. Mizes, L. Human activity: a treatise on economic theory [Chelovecheskaya deyatel'nost': traktat ob ehkonomicheskoi teorii]. Chelyabinsk: Sotsium, 2005. 878 p. (In rus.)
25. Omelehina, N. V. Theoretical problems of determining obligations in the financial activities of public legal entities [Teoreticheskie problemy opredeleniya obyazatel'stv v finansovoi deyatel'nosti publichno-pravovykh obrazovani]. Bulletin of the Novosibirsk State University. Ser.: Right [Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Pravo], 2011. T. 7. No. 1. P. 52–60. (In rus.)
26. Pashukanis, E. B. Selected works on the general theory of law and state x Izbrannye proizvedeniya po obshchei teorii prava i gosudarstva. M.: Yurid. lit., 1980. 271 p. (In rus.)
27. Plesner, H. Stages of the organic and man: Introduction to philosophical anthropology [Stupeni organicheskogo i chelovek: vvedenie v filosofskuyu antropologiyu]. Moscow: Russian Political Encyclopedia (ROSSPEN) [Rossiiskaya politicheskaya ehntsiklopediya (ROSSPEHN)], 2004. 368 p. (In rus.)
28. Pokrovsky, I. A. Law and fact in Roman law. Part 2. Genesis of Praetor Law [Pravo i fakt v rimskom prave. Ch. 2. Genezis pretorskogo prava]. Kiev: Printing house of the Imperial University of St. Vladimir [Tipografiya imperatorskogo Universiteta sv. Vladimira], 1902. 209 p. (In rus.)
29. Polyakov, A. V. Communicative legal understanding: Selected works [Kommunikativnoe pravoponimanie: Izbrannye trudy]. St. Petersburg: LLC Publishing House "Alef-Press" [Izdatel'skii Dom „Alef-Press“], 2014. 575 p. (In rus.)
30. Polyakov, A. V. Recognition of law and the principle of formal equality. The principle of formal equality and mutual recognition of law [Priznanie prava i printsip formal'nogo ravenstva. Printsip formal'nogo ravenstva i vzaimnoe priznanie prava]. Ed. V. V. Lapaeva, A. V. Polyakova, V. V. Denisenko. Moscow: Prospekt, 2016. P. 70–85. (In rus.)
31. Popondopulo, V. F. Dynamics of legal relationship and civil liability [Dinamika obyazatel'stvennogo pravootnosheniya i grazhdansko-pravovaya otvetstvennost']. Vladivostok: Dalnevostochny University Publishing House [Izd-vo Dal'nevost. un-ta], 1985. 112 p. (In rus.)
32. Popondopulo, V. F. Dualism of public relations regulation (legal and regulatory regulation). Theoretical and Applied Law, 2021. No. 3 (7). P. 7–16. (In rus.)
33. Popondopulo, V. F. On the Regulatory Regime of Private Individuals. Theoretical and Applied Law, 2020. No. 4 (6). P. 31–38. (In rus.)
34. Popondopulo, V. F. Legal regime of entrepreneurship [Pravovoi rezhim predprinimatel'stva]. St. Petersburg: Publishing House of St. Petersburg State University, 1994. 208 p. (in Rus)
35. Popper, K. Logic and growth of scientific knowledge. Selected works [Logika i rost nauchnogo znaniya. Izbrannye raboty]. Moscow: Progress, 1983. 605 p. (In rus.)
36. Popper, K. Open society and its enemies. T. 2. Time of false prophets: Hegel, Marx and other oracles [Otkrytoe obshchestvo i ego vragi. T. 2. Vremya lzheprorokov: Gegel', Marks i drugie orakuly]. Moscow: Phoenix, Intern. Fund "Cultural Initiative" [Feniks, Mezhdunar. fond "Kul'turnaya initsiativa"], 1992. 528 p. (In rus.)
37. Razdyakonova, E. V. Problems of law enforcement of legislation on public-private partnership [Problemy pravoprimeniya zakonodatel'stva o publichno-chastnom partnerstve]. Bulletin of the Novosibirsk State University. Ser.: Right [Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Pravo], 2013. V. 9. No. 2. P. 61–68. (In rus.)
38. Razuvaev, N. V. Digital Transformation of Subjective Civil Rights: Problems and Prospects. Theoretical and Applied Law, 2021. No. 1 (7). P. 18–38. (In rus.)
39. Razuvaev, N. V. The evolution of social reality and the growth of scientific knowledge [Ehvolyutsiya sotsial'noi real'nosti i rost nauchnogo znaniya]. Scientific works of the North-Western Institute of Management RANEPА [Ehvolyutsiya sotsial'noi real'nosti i rost nauchnogo znaniya], 2019. Vol. 10. No. 1 (38). P. 32–43. (In rus.)
40. Rousseau, J.-J. On the social contract. Treatises [Ob obshchestvennom dogovore. Traktaty]. M.: Kanon-Press-C; Kuchkovo field [Kanon-Press-TS; Kuchkovo pole], 1998. 416 p. (In rus.)
41. Solomonik, A. B. Philosophy of sign systems and language [Filosofiya znakovykh sistem i yazyk]. Ed. 3rd. M.: LKI, 2011. 408 p. (In rus.)

42. Starilov, Yu. N., Davydov, K. V. Administrative contract: to the general characteristics of the legal phenomenon [Administrativnyi dogovor: k obshchei kharakteristike pravovogo fenomena]. Legal Notes [Yuridicheskie zapiski], 2013. No. 3 (26). P. 95–102. (In rus.)
43. Stovba, A. V. Dynamic legal understanding: an attempt at historical explication [Dinamicheskoe pravoponimanie: popytka istoricheskoi ehksplikatsii]. Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences [Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiiskoi akademii nauk], 2020. Vol. 15. No. 3. P. 47–60. (In rus.)
44. Toynbee, A. The study of history [Issledovanie istorii]. In 3 vol. T. 2. St. Petersburg: Publishing House of St. Petersburg State University; Publishing house of Oleg Abyshko [Izd-vo SPBGU; Izd-vo Olega Abyshko], 2006. 446 p. (In rus.)
45. Tretyakov, S. V. Subjective private law and "jurisprudence of concepts": culmination and crisis of the volitional theory of subjective law [Sub'ektivnoe chastnoe pravo i "yurisprudentsiya ponyatii": kul'minatsiya i krizis volevoi teorii sub'ektivnogo prava]. Bulletin of Civil Law [Vestnik grazhdanskogo prava], 2020. Vol. 20. No. 3. P. 9–42. (In rus.)
46. Filippova, S. Yu. The concept of the science of civil law as an object of civil law research [Kontseptsiya nauki grazhdanskogo prava kak ob'ekta tsivilisticheskogo issledovaniya]. Education and Law [Obrazovanie i pravo], 2017. No. 4. P. 158–163. (In rus.)
47. Hart, G. L. A. The skies of R. Yering's concepts and modern analytical jurisprudence [Nebesa ponyatii R. Ieringa i sovremennaya analiticheskaya yurisprudentsiya]. Bulletin of the Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political science [Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filosofiya. Sotsiologiya. Politologiya], 2021. No. 63. P. 247–257. (In rus.)
48. Heffe, O. Politics. Right. Justice. Fundamentals of critical philosophy of law and state [Politika. Pravo. Spravedlivost'. Osnovopolozheniya kriticheskoi filosofii prava i gosudarstva]. M.: Gnosis, 1994. 319 p. (In rus.)
49. Chestnov, I. L. Postclassical theory of law [Postklassicheskaya teoriya prava]. St. Petersburg: Alef-press publishing house [ID «Alef-press»], 2021. 650 p. (In rus.)
50. Chestnov, I. L. Universal/contextual in the regulation of the right of freedom [Universal'noe/kontekstual'noe v normirovanii pravom svobody]. Vestnik RUDN University. Ser.: Juridical sciences [Vestnik RUDN. Ser.: Yuridicheskie nauki.], 2016. No. 2. P. 9–19. (In rus.)
51. Yavich, L. S. Problems of legal regulation of Soviet public relations [Problemy pravovogo regulirovaniya sovetskikh obshchestvennykh otnoshenii]. M.: Gosjurizdat, 1961. 172 p. (In rus.)
52. Yakimovich, Yu. K. On the possibility of achieving objective truth in modern criminal justice [O vozmozhnosti dostizheniya ob'ektivnoi istiny v sovremennom ugolovnom sudoproizvodstve]. Criminal Justice [Ugolovnaya yustitsiy], 2014. No. 1 (3). P. 69–73. (In rus.)
53. Habermas J. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Fr. a. Main: Suhrkamp, 1992. 667 p.
54. Haferkamp, H.-P. Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz" Fr. a. M.: V. Klostermann, 2004. XVIII + 534 p.
55. Jhering, R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2. Abt. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858. XX + 696 p.
56. Popper, K. Evolutionary Epistemology. Evolutionary Theory: Paths into the Future/ Ed. by J. W. Pollard. New York: John Wiley & Sons, 1984. P. 239–255.
57. Shannon, C. E. A Mathematical Theory of Communication. The Bell System Technical Journal, 1948. Vol. 27. P. 379–423.

# ПРАВО ГЕОГРАФИЧЕСКИХ УКАЗАНИЙ КНР В ПЕРИОДЫ 13-Й И 14-Й ПЯТИЛЕТОК

**Абрамов Сергей Александрович**

аспирант кафедры истории и государственно-правовых дисциплин РАНХиГС, Среднерусский институт управления, филиал, г. Орел, Россия; sergey.abramov86@gmail.com

## АННОТАЦИЯ

В статье исследуется развитие права географических указаний КНР. Сделана попытка определить взаимосвязь конфуцианских правовых традиций Древнего Китая и права географических указаний в Китае. Особое место в статье занимает оценка нововведений в праве географических указаний КНР в период 14-й пятилетки, роли многосторонних и двусторонних практик международной правовой охраны географических указаний.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, географические указания, Китай, 13-я пятилетка, 14-я пятилетка, конфуцианство, нун цзя.

## CHINESE GEOGRAPHIC INDICATIONS LAW DURING THE 13-TH AND 14-TH FIVE YEAR PLAN

**Sergey A. Abramov**

Postgraduate student of the Department of History and Theory of Law of RANEPА, Central Russian Institute of Management, Orel, Russia; sergey.abramov86@gmail.com

## ABSTRACT

The article examines the development of the law of geographical indications of the People's Republic of China. An attempt is made to determine the relationship between the Confucian legal traditions of Ancient China and the law of geographical indications in China. A special place in the article is occupied by the assessment of innovations in the law of geographical indications of the PRC during the 14th Five-Year Plan, the role of multilateral and bilateral practices of international legal protection of geographical indications.

**Keywords:** intellectual property, geographical indications, China, 13th five-year plan, 14th five-year plan, confucianism, nongjia.

Право на географические указания (в настоящее время является одним из перспективных направлений обеспечения благополучия человека в рамках системы прав интеллектуальной собственности (далее ИС). В основе права на географическое указание лежит концепция взаимосвязи особых свойств товара с определенными природными условиями и людскими факторами, зафиксированная, к примеру, в ст. 1516 ГК РФ<sup>1</sup>. Наименования места происхождения товара и географические указания способствуют правовой охране традиционного производства и культурных ценностей, повышению их маркетингового потенциала, а также устойчивому развитию в процессе антропогенной деятельности. Наименования мест происхождения товара и географические указания — единственные объекты ИС, способные охарактеризовать принадлежность к конкретной территории, ее содержательные характеристики, определить свойства товара и соотнести его с соответствующим обозначением.

Именно поэтому резонно предполагать, что процесс развития права на географические указания на современном этапе во многом определяется глубиной исторически сложившихся правовых традиций.

Тысячелетняя история Китая может быть выражена через разнообразные объекты прав ИС, будь то сочинения Конфуция, разнообразные технологические открытия или же географические указания, которые подарила миру великая цивилизация<sup>2</sup>.

Своеобразие географических указаний как объектов права объясняется исторической спецификой и уникальностью формирования данных правоотношений. Отсюда и многообразие содержательной части общественных

<sup>1</sup> Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 11.06.2021). Российская газета, 2006. № 289. СЗ РФ, 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4231.

<sup>2</sup> Zhang N. A Confucian Analysis on the Evolution of Chinese Patent Law System. Springer, Singapore, 2020. P. 14. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2\\_6](https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2_6) (accessed: 12.05.2021).

отношений, складывающихся в связи с географическими указаниями (трудова́я этика, индивидуализация товаров и услуг, географическая идентификация).

Текущая концепция права на географические указания, которая сформировалась в Европе в XVII–XIX вв., выражена в понятии «терруар» (фр. *terroir*)<sup>3</sup>. Терруар можно рассматривать в двух измерениях. Физический терруар имеет географическое измерение, выраженное почвой, климатом, наземным ландшафтом, в отдельных случаях прочими компонентами экосистемы, и возникает только в отношении продуктов питания. Культурный терруар представляет собой территорию, где человеческое сообщество создает и накапливает на протяжении своей истории знания и практики. Знания и практика воплощаются в товарах, обуславливая отличительные черты продукции. Культурный терруар представляет собой в большей степени этнографическое понятие, нежели географический термин.

Современные исследователи считают, что периодом зарождения понятия географических указаний является время установления Вестфальского мира (1648)<sup>4</sup>. Характерными правовыми элементами нового порядка, пришедшего на смену феодальным отношениям и религиозным войнам, является появление географически детерминированных национальных государств, развитие континентальной торговли, а также модели общественных отношений, которую позднее опишет Макс Вебер в своем фундаментальном труде «Протестантская этика и дух капитализма»<sup>5</sup>. Она определяется началом современных капиталистических отношений в период религиозной реформации в Европе XVII в. Данное общественное движение сопровождалось появлением нового социального типа — человека максимально индивидуализированного, готового брать на себя ответственность и риски, живущего в материальном мире, выражающем себя через труд и плоды труда (индивидуализированные вещи).

По мнению Вебера, протестантизм оказал огромное влияние на формирование процессов индивидуализации вещей в юридической науке эпохи модерна<sup>6</sup>.

Дуализм Вестфальского порядка общественных отношений — сочетание свободы совести и строжайшего географического детерминизма в отношении прав собственности на землю<sup>7</sup> — является ключом к пониманию природы феномена географических указаний в европейской культуре, который, будучи объектом ИС, содержит в себе указания на материальную сторону вещей, связанную правом собственности<sup>8</sup>.

Дальнейшее развитие понятия географических указаний в XVIII в. связано с развитием капиталистических отношений и методов промышленного производства.

В период Великой французской революции дискуссии вокруг концепции «аграрного закона» способствовали дальнейшей географической индивидуализации земель, созданию условий для возникновения многочисленных географических указаний.

Взгляды социал-утопистов конца XVIII в. на решение земельного вопроса во многом соответствовали целям устойчивого развития ООН сегодняшнего дня.

Так, например, позиция Гракха Бабёфа по отношению к формированию сельских коммун, производящих отдельные виды аграрной продукции в рамках определенных географических границ, во многом совпадает с современным пониманием географического указания.

Для понимания идей Г. Бабёфа необходимо детально изучить его проект «Декрета об управлении»<sup>9</sup>. Идеи, изложенные в этом проекте, представляют несомненный интерес для понимания траектории развития понятия географических указаний: они, безусловно, видоизменяют и дополняют представления о содержании данного объекта.

Коммуна для Бабёфа представляла основу будущего административно-территориального деления страны и основную единицу, определяемую географическим указанием. В нее включаются старые общинные земли и земли, не обрабатываемые владельцами.

Экономика национальной коммуны носит в документах Бабёфа предельно централизованный характер<sup>10</sup>. Следует отметить, что, по мнению Бабёфа, большие города при новом государственном устройстве должны исчезнуть, а все население республики будет жить в деревнях, расположенных в самых удобных для жизни местностях<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> *Zappalaglio, A.* The Transformation of EU Geographical Indications Law: The Present, Past and Future of the Origin Link (1st ed.). Routledge. P. 27.

<sup>4</sup> *Paul Roubier*, *Le Droit de la propriété industrielle*, Paris : Le Renard, 1954, P. 25.

<sup>5</sup> *Max Weber; Peter R. Baehr; Gordon C. Wells.* The Protestant ethic and the "spirit" of capitalism and other writings. In: Penguin, 2002, P. 112.

<sup>6</sup> Там же. P. 143.

<sup>7</sup> *Абрамов С. А.* Типология доктрин прав интеллектуальной собственности. Журнал Суда по интеллектуальным правам, 2020. № 2 (28). С. 47.

<sup>8</sup> Там же. С. 48.

<sup>9</sup> *Буонарротти Ф.* Гракх Бабёф и заговор равных. Пер. с фр. К. М. Горбач. Под ред. и с предисл. В. В. Святловского. М., Пг.: Госиздат, 1923. 207 с.

<sup>10</sup> *Далин В. М.* Социальные идеи Бабёфа накануне революции. НиНИ, 1961. № 1. С. 52–71.

<sup>11</sup> *Stéphanie Roza.* Comment la révolution a transformé l'utopie: le cas de Gracchus Babeuf. *Annales historiques de la Révolution française*, 366. 2011, 83–103.

Центральная администрация коммуны будет определять качество и количество продуктов при распределении между гражданами, пополнять дефицит, а в случае надобности контролировать внешнюю торговлю<sup>12</sup>. Однако коммуны, входящие в состав большой национальной общины, не являются самостоятельными хозяйственными единицами.

Во Франции XVIII в. члены небольшой группы экономистов, известных как «физиократы», восхищались Китаем за то, как изящно страна поставила сельское хозяйство в центр своей экономической политики<sup>13</sup>.

Хотя тексты о Китае, циркулировавшие в Европе XVIII в., были весьма избирательными, эти идеалистические взгляды все же имеют некоторую корреляцию с термином *Chinoiserie* (фр. «китайская серия») или 中国风情, европейским подражанием китайским и восточноазиатским художественным традициям, преобладавшим в XVIII в.<sup>14</sup>

Французские философы, европейские экономисты и утописты неоднократно обращались к истории Древнего Китая.

Философское осмысление сельскохозяйственной деятельности в Древнем Китае связано со школой нун цзя (кит. 農家). Данная китайская философская школа аграриев построила свое учение вокруг мифа о Шэнь-нуне (кит. 神农), покровителе земледелия.

Это был мудрец, который в совершенном мире правил империей земледельцев, которых он учил, не издавая указов и не налагая наказаний, и он работал на полях бок о бок с ними. Путь Шэнь-нуня представляет собой политический идеал, четко отличающийся от конфуцианства и прочих философских школ Древнего Китая.

Первое упоминание о школе аграриев встречается у Мэн-цзы, ученика Конфуция<sup>15</sup>. В беседе с Мэн-цзы некий представитель школы аграриев доказывает, что царь (или император) должен пахать свою землю бок о бок с народом, а не только заботиться о своих амбарах и казне. Мэн-цзы апеллирует к логике разделения труда. Затем адепт нун цзя утверждает, что все товары должны быть доступны по одной и той же фиксированной цене. Мэн-цзы отвечает, что цена должна определяться качеством и что стоимостью товаров, соответственно, варьируется.

Подобный краткий обзор истории становления понятия географических указаний в Европе и Китае показывает важность культурного фундамента при формировании правоотношений в этой сфере. В эмпирической плоскости Китай стремительно догоняет Европу, зарегистрировав более 5000 географических указаний по состоянию на 2019 г.<sup>16</sup>

15 марта 2017 г. Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей (ПК ВСНП) объявил о принятии Закона КНР «Об основах гражданского права»<sup>17</sup>, вступившего в силу 1 октября 2017 г. Согласно статье 123, ИС в КНР представлена следующими объектами интеллектуальных прав: изобретения, промышленные образцы и полезные модели; товарные знаки; географические указания; селекционные достижения; топология интегральных микросхем.

Действия, направленные на модернизацию законодательства об ИС, включают в себя изменение Закона КНР «О товарных знаках», который вступил в силу 1 ноября 2019 г. и решение ПК ВСНП от 11 ноября 2020 г. о вступлении в силу с 1 июня 2021 г. изменений в Законе КНР «Об авторском праве», а также четвертое изменение Закона КНР «О патентах», вступившее в силу 1 июня 2021 г.<sup>18</sup>

В 13-м пятилетнем плане об охране ИС<sup>19</sup> было заявлено о продолжении национальной стратегии 2008 г. в отношении географических указаний и их значимости для развития сельского хозяйства Китая и для борьбы с бедностью<sup>20</sup>.

После вступления во Всемирную торговую организацию (ВТО) в 2001 г.<sup>21</sup> Китай укрепил свою правовую базу в области ИС в целях приведения своего законодательства в соответствие с Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)<sup>22</sup>.

<sup>12</sup> *Laura Mason*, *Après la conjuration: le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux. Annales historiques de la Révolution française*, 354. 2008, 77–103.

<sup>13</sup> *Turning farmers into sages. Chinese philosophers on wealth, want and labour. Confucius Institute at the University of Sheffield.* URL <https://www.sheffield.ac.uk/confucius/news/turning-farmers-sages-chinese-philosophers-wealth-want-and-labour> accessed 11 January 2022.

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> *Graham A. C.* The Nung-chia 農家 «School of the Tillers» and the Origins of Peasant Utopianism in China. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London*. Vol. 42, No. 1 (1979), P. 66–100.

<sup>16</sup> General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China [Закон КНР «Об основах гражданского права». Всекитайское собрание народных представителей (Электронный ресурс). URL: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepcr/202001/c983fc8d3782438fa775a9d67d6e82d8.shtml> (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>17</sup> General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China [Закон КНР «Об основах гражданского права». Всекитайское собрание народных представителей (Электронный ресурс). URL: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepcr/202001/c983fc8d3782438fa775a9d67d6e82d8.shtml> (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>18</sup> 中华人民共和国专利法: [Патентный закон КНР]. Китайское национальное управление интеллектуальной собственности (CNIPA) (Электронный ресурс). URL: [https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/11/23/art\\_2197\\_155169.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/11/23/art_2197_155169.html) (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>19</sup> Protection and Development of Geographical Indication in China. ВОИС [Электронный ресурс]. [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scot/en/wipo\\_geo\\_lis\\_19/wipo\\_geo\\_lis\\_19\\_4.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scot/en/wipo_geo_lis_19/wipo_geo_lis_19_4.pdf) (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> *Xiaobing, W. and Kireeva, I.* (2007). Protection of Geographical Indications in China: Conflicts, Causes and Solutions. *The Journal of World Intellectual Property*, 10: 79.

<sup>22</sup> Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) is an integral part of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (annex 1C) signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994, entered into force on 1 January 1995. URL: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm) accessed 11 January 2022.

В Китае действуют три основные системы защиты географических указаний: система *sui generis*<sup>23</sup>, предусмотренная Положением № 78 «Об охране продуктов географического указания»<sup>24</sup> от 7 июня 2005 г.; режим товарных знаков, в соответствии с Законом КНР «О товарных знаках»<sup>25</sup>; и третья система, ориентированная в основном на сырьевые сельскохозяйственные продукты на основании «Правил использования географических указаний сельскохозяйственной продукции»<sup>26, 27</sup>.

Уполномоченным органом по реализации Положения № 78 «Об охране продуктов географического указания» от 7 июня 2005 г. является Главное управление по контролю качества, инспекции и карантину (AQSIQ)<sup>28</sup> в целях эффективной защиты продуктов с географическим указанием в Китае, регулирования использования наименований и специальных знаков продуктов с географическим указанием и обеспечения качества и контроля характеристик таких продуктов.

Продукты с географическим указанием, упомянутые в указанных Положениях (ст. 2), относятся к тем продуктам, которые выражают взаимосвязь особых свойств товара с определенными природными условиями и людскими факторами. Продукты с географическим указанием включают: продукты, полностью произведенные на территории географического происхождения; продукты, произведенные из сырья, поступающего полностью или частично с территории защищенного географического указания в соответствии со специфическими технологиями защищенного географического указания. Положение предусматривает прием, рассмотрение и утверждение заявок на продукты с географическим указанием, регистрацию, надзор и управление географическими указаниями.

Подача заявок осуществляется в соответствии со ст. 8 Положения уполномоченными органами КНР на местном уровне, соотносящимся с заявляемым географическим указанием. Статья 9 описывает правила определения границ географических указаний между различными муниципальными образованиями КНР как горизонтально, так и на прочих уровнях.

Статья 10 определяет список необходимых документов в заявке: предложение органа местного самоуправления по установленным границам места происхождения географического указания; документ местного самоуправления, учреждающий организацию-заявителя, или указание ассоциации или предприятия в качестве заявителя; заявление на охрану продукта географического указания; описание наименования, класса, границ места происхождения и географических характеристик товара; описание физических, химических или вкусовых характеристик продукта и их связи с природными и человеческими факторами места происхождения; технические условия на производстве продукции (в том числе технологии обработки, требования безопасности и гигиены, технические требования, технологическое оборудование); описание истории продукта; технические стандарты продукта географического указания, в отношении которого необходимо подать заявку на охрану.

В соответствии со ст. 13–16 Положения заявление подается в местный компетентный орган, который подготавливает предварительное заключение и направляет соответствующие документы в AQSIQ. Затем Главное управление по контролю качества, инспекции и карантину проведет официальную экспертизу (для этого управление назначает комиссию экспертов по техническим экспертизам). Если AQSIQ считает, что заявка не соответствует требованиям законодательства, оно уведомляет об этом заявителя. С другой стороны, если AQSIQ считает, что требования выполнены, заявка будет опубликована для оспаривания третьими лицами в течение двух месяцев. Если не возникает оснований для оспаривания или же они отклоняются, AQSIQ публикует уведомление об одобрении. В этом случае охрана может считаться предоставленной рассматриваемому географическому указанию.

<sup>23</sup> *Sui generis* — латинское выражение, означающее буквально «своего собственного вида» или «уникальные по своим характеристикам». В праве ЕС термин *sui generis* используется для индивидуализации юридических явлений, существующих вне контекста основных категорий прав интеллектуальной собственности: патентного права, авторского права, права на товарный знак, — но тем не менее тесно сопряженных между собой: права на топологию интегральной микросхемы, смежных прав, права ГУ. Право ГУ так же, как и право на товарный знак предоставляет правовую охрану обозначению, призванному индивидуализировать товар, а особый режим *sui generis* представляет собой особую взаимосвязь между местом происхождения товара и его особыми потребительскими свойствами.

<sup>24</sup> 地理标志产品保护规定. [Положение об охране продуктов географического указания]. FAOLEX Database [Электронный ресурс]. URL: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/chn197611.pdf> (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>25</sup> Trademark Law of the People's Republic of China (as amended up to Decision of April 23, 2019, of the Standing Committee of National People's Congress). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/579989> accessed 11 January 2022.

<sup>26</sup> Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <http://ipr.mofcom.gov.cn/zhuanti/jkblh/jplaws/gi/ncpgigl.pdf> accessed 11 January 2022.

<sup>27</sup> Для сравнения уместно напомнить, что в России действует двухуровневая система защиты географических указаний: в рамках *sui generis* Роспатентом охраняются географические указания и Н-наименования мест происхождения товаров; вина с защищенным географическим указанием (ВЗГУ) и вина с защищенным наименованием места происхождения (ВЗНМП) охраняются Минсельхозом РФ, согласно Федеральному закону от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» и Федеральному закону от 31 декабря 2014 г. № 490-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

<sup>28</sup> Электронный ресурс. URL: <https://www.aqsiq.net/>

В соответствии со ст. 20 Положения исключительно квалифицированные производители могут использовать защищенное географическое указание. Чтобы получить квалификацию, производитель должен базироваться в пределах определенной географической области и подать заявку в местное бюро AQSIQ со следующими документами: запрос на получение разрешения на использование географического указания; сертификат, выданный компетентными органами местного самоуправления, подтверждающий, что продукты производятся в границах этого географического указания; отчет об инспекции, выданный соответствующим отделом контроля качества.

В дополнение к этому запрос рассматривается сначала местным компетентным органом, а затем AQSIQ.

Регистрация иностранных географических указаний осуществляется в соответствии со ст. 26 Положения и Регламента AQSIQ «О мерах охраны иностранных географических указаний»<sup>29</sup>, принятого 28 марта 2016 г., в целях эффективной защиты иностранных продуктов с географическими указаниями, продаваемых в Китае, и регулирования использования наименований и специальных знаков на иностранных продуктах с географическими указаниями в Китае, которые были произведены за пределами Китая и уже получили регистрацию и охрану в стране или регионе происхождения. Название иностранного продукта с географическим указанием, охраняемого в Китае, должно включать название на китайском языке и название на исходном языке.

С 27 ноября 2019 г., к концу 13-й пятилетки, функции охраны иностранных географических указаний в Китае перешли к Китайскому национальному управлению интеллектуальной собственности (CNIPA)<sup>30</sup> в рамках соответствующего постановления данного органа<sup>31</sup>.

Основные поправки указывают на единообразное администрирование CNIPA охраны иностранных продуктов с географическими указаниями в Китае. Статья 6 изменена следующим образом: в соответствии с установленными требованиями правообладатель иностранного географического указания должен обращаться за охраной в Китае в соответствии с соглашением, заключенным между страной происхождения продукта и КНР, или международным договором, к которому присоединился Китай, в соответствии с принципом взаимности.

Система товарных знаков предоставляет возможность регистрации географического указания в качестве коллективного знака или в качестве сертификационного знака. Согласно п. 2 ст. 16 Закона КНР «О товарных знаках»<sup>32</sup> географические указания являются обозначениями, идентифицирующими место происхождения товаров, в отношении которых они используются, когда особое качество товара, репутация или другие характеристики в основном связаны с природными или культурными факторами соответствующего географического района. Согласно п. 2 и 3 ст. 3 Закона «О товарных знаках» коллективные знаки — это знаки, зарегистрированные на имя ассоциаций или других организаций с целью использования их в коммерческой деятельности и обозначения принадлежности к соответствующему объединению; с другой стороны, сертификационные знаки — это знаки, используемые юридическими или физическими лицами для удостоверения происхождения материалов, способов изготовления, качества или других характеристик товаров или услуг. Сертификационные знаки контролируются не производителями, а независимыми организациями, отвечающими за то, что товары и услуги, на которых используются эти знаки, соответствуют характеристикам качества, указанным в правилах, регулирующих использование сертификационного знака.

Согласно ст. 8 «Меры по регистрации и администрированию коллективных знаков и сертификационных знаков»<sup>33</sup>, географическим указанием, в отношении которого подана заявка на регистрацию в качестве коллективного знака или сертификационного знака, может быть само название географического объекта или любые другие визуальные признаки, способные продемонстрировать, что рассматриваемые товары происходят из соответствующего географического района.

Третья система регистрации географических указаний, существовавшая в период 13-й пятилетки, регулировалась «Мерами по администрированию географических указаний в сельскохозяйственной продукции»<sup>34</sup>, которые были утверждены 25 декабря 2007 г. и вступили в силу 1 февраля 2008 г. Данный нормативный акт установил регулирование *sui generis*, предназначенное исключительно для сельскохозяйственной продукции.

Определение географических указаний для сельскохозяйственной продукции относится к специальной сельскохозяйственной продукции, обозначения которой сходны с соответствующим географическим указанием и предназначены для указания определенного географического района происхождения товара; качество продукта и основные ха-

<sup>29</sup> 国外地理标志产品保护办法. [О мерах охраны иностранных географических указаний]. FAOLEX Database [Электронный ресурс] URL: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/chn197608.pdf> (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>30</sup> URL: <https://english.cnipa.gov.cn/>

<sup>31</sup> 国家知识产权局关于修改《国外地理标志产品保护办法》的公告 [Постановление Китайского национального управления интеллектуальной собственностью об изменениях в «Положении об охране продуктов географических указаний»]. Китайское национальное управление интеллектуальной собственности (CNIPA). URL: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/chn197609.pdf> (дата обращения: 12.01.2022).

<sup>32</sup> Trademark Law of the People's Republic of China (as amended up to Decision of April 23, 2019, of the Standing Committee of National People's Congress). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/579989> accessed 11 January 2022.

<sup>33</sup> Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks (Issued by the State Administration for Industry and Commerce on April 17, 2003). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/181612> accessed 11 January 2022.

<sup>34</sup> Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/182476> accessed 11 January 2022.

рактические характеристики продукта связаны с природными условиями и человеческим фактором. Такое определение схоже с концепцией защищенного обозначения происхождения Protected designation of origin (PDO) в Регламенте ЕС 1195/2008<sup>35</sup>.

Однако следует отметить, что, согласно ст. 7 указанного акта, географические указания должны состоять из названия географического района и общего названия сельскохозяйственной продукции, а именно растений, животных, микроорганизмов и их продуктов, полученных в результате сельскохозяйственной деятельности (ст. 2).

Сегодня, в период 14-й пятилетки, основные направления развития права географических указаний КНР обозначены в 14-м пятилетнем плане об охране ИС<sup>36</sup>, принятом 9 октября 2021 г.

Дальнейшее поощрение практики использования географических указаний в текущей пятилетке обрело новую форму защиты национальных географических указаний за рубежом, в отличие от предыдущего периода стимулирования национальной юрисдикции посредством регистрации китайских географических указаний и иностранных географических указаний в Китае. Смещение фокуса на международно-правовое регулирование охраны географических указаний ставит перед Китаем несколько новых задач: охрана китайских географических указаний в рамках двусторонних торговых соглашений; регистрация китайских географических указаний в иностранных юрисдикциях; расширение участия в многосторонних соглашениях об охране географических указаний: Парижской конвенции (1883 г.), ТРИПС<sup>37</sup>, а также возможное участие в новых формах международного сотрудничества (Женевский акт Лиссабонского соглашения).

В связи с этим важно отметить то, что в конце 2021 г. Россия ратифицировала Женевский акт Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях<sup>38</sup>, что, безусловно, повлияет как на национальное регулирование охраны географических указаний, так и на их международную защиту и двусторонние отношения с КНР.

Одним из значимых достижений 14-й пятилетки является унификация режима регистрации географических указаний и руководящей роли Китайского национального управления интеллектуальной собственности (CNIPA)<sup>39</sup> в процессах регистрации и охраны географических указаний. Данный факт значительно упростил регистрацию в национальной юрисдикции и практику международной охраны географических указаний в КНР.

Двустороннее соглашение между ЕС и Китаем об охране географических указаний<sup>40</sup>, вступившее в силу 1 марта 2021 г., защищает около 200 знаковых европейских и китайских агропродовольственных наименований из двух регионов с богатыми кулинарными и культурными традициями. Список географических указаний ЕС, которые должны быть защищены в Китае, включает такие знаковые продукты, как кофе, шампанское, фета, ирландское виски. Среди китайских продуктов с географическими указаниями в список входят, например, паста из красной фасоли, Аньци Бай Ча (белый чай), сорта риса и имбирь из Аньцю.

Китайский рынок имеет высокий потенциал роста для европейских продуктов питания и напитков. В 2020 г. Китай стал третьим рынком сбыта для агропродовольственных товаров ЕС, достигнув в период с января по ноябрь объема в 16,3 млрд евро<sup>41</sup>. Благодаря этому соглашению европейские потребители также смогли открыть для себя настоящие китайские деликатесы.

В приложении 8 данного соглашения содержится отдельный список «непищевых продуктов» из 17 наименований, которые будут впоследствии зарегистрированы ЕС как географические указания (керамика).

Последовательное подписание странами Азиатско-Тихоокеанского региона (АТР) торговых соглашений с ЕС<sup>42</sup> в части географических указаний поставило США в уязвимое положение. До сих пор США не признает юридическую доктрину охраны географических указаний, считая ее элементом политики протекционизма.

<sup>35</sup> COMMISSION REGULATION (EC) No. 1195/2008 of 2 December 2008 approving non-minor amendments to the specification for a name entered in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (Scottish Farmed Salmon (PGI)) [Электронный ресурс]. The official EU website: [сайт]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32008R1195> (дата обращения 21.01.2022).

<sup>36</sup> 国务院关于印发《十四五》国家知识产权保护和运用规划的通知 (The State Council on Printing and Distributing the «14th Five-Year Plan» Notice of the National Intellectual Property Rights Protection and Utilization Plan). URL: [http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-10/28/content\\_5647274.htm](http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-10/28/content_5647274.htm) accessed 11 January 2022.

<sup>37</sup> *Danny Friedmann*, IP in China: Moving closer to the common law system for the sake of uniformity. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. Vol. 12, no. 8. August 2017. P. 621–622. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx124>

<sup>38</sup> Федеральный закон от 30.12.2021 № 450-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Женевскому акту Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://ips.pravo.gov.ru:8080/default.aspx?pn=0001202112300142> (дата обращения 12.01.2022).

<sup>39</sup> URL: <https://english.cnipa.gov.cn/>

<sup>40</sup> Agreement between the European Union and the Government of the People's Republic of China on cooperation on, and protection of, geographical indications. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.LI.2020.408.01.0003.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2020%3A408I%3ATOC>

<sup>41</sup> EU-China agreement protecting geographical indications enters into force. URL: [https://ec.europa.eu/info/news/eu-china-agreement-protecting-geographical-indications-enters-force-2021-mar-01\\_en](https://ec.europa.eu/info/news/eu-china-agreement-protecting-geographical-indications-enters-force-2021-mar-01_en)

<sup>42</sup> См. EU-Japan Economic Partnership Agreement, 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0192#document2> Free trade Agreement between EU and the Republic of Korea, 2011. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A2011%3A127%3ATOC>

Подобный тезис подтверждается обменом письмами между послом США в Корею<sup>43</sup> и южнокорейским министром торговли<sup>44</sup> по поводу торгового соглашения между ЕС и Южной Кореей от 2011 г. Страны АТР настаивают на составлении списков защищаемых географических указаний обеих сторон, тем самым перенимая европейскую правовую традицию охраны географических указаний. Американская сторона против таких списков, так как она не имеет национальных географических указаний ввиду специфики развития сельского хозяйства, тем не менее включение географических указаний в американские торговые соглашения могло бы оказать существенную поддержку американским производителям вина.

Охрана географических указаний в Китае развивается стремительными темпами. К 2019 г. в стране было зарегистрировано 2385 географических указаний<sup>45</sup>, что ставит США в невыгодное положение. В дальнейших торговых переговорах с США вопрос охраны географических указаний стал важным экономическим и политическим инструментом. Исходя из специфики американской правовой традиции и аграрной политики признание США требований охраны географических указаний в краткосрочной перспективе не представляется возможным.

26 февраля 2021 г. Роспатент предоставил правовую охрану на территории России первому иностранному географическому указанию «고려홍삼 Korean Red Ginseng корейский красный женьшень». Подобный тренд позволит ожидать подобной активности от японских<sup>46</sup> и китайских правообладателей — по обособлению традиционной национальной аграрной и кулинарной продукции в третьих странах.

Национальная юрисдикция России в отношении охраны географических указаний обладает рядом преимуществ по сравнению с ЕС и США. В ЕС, по состоянию на 2021 г., признаются географические указания на пищевые продукты аграрного происхождения. В 2022 г. ожидается принятие новой директивы ЕС о качественных схемах маркировки продуктов, где под охрану географических указаний будут включаться непищевые ремесленные продукты.

В США доктрина географических указаний рассматривается не иначе как проявление протекционизма, правовая охрана предоставляется только в соответствии с ТРИПС. Границы содержания понятия «географическое указание» в российском праве можно найти в Постановлении Правительства РФ от 08.08.2020 № 1195<sup>47</sup>. Сегодня российская юрисдикция предоставляет наиболее широкий перечень объектов для регистрации в качестве географических указаний. Тем не менее отсутствие системной регуляции географических указаний на базе двусторонних соглашений не позволяет в должной мере реализовать потенциал охраны таких объектов ИС<sup>48</sup>.

Подводя итоги развития китайского права охраны географических указаний к началу 14-й пятилетки, можно отметить тенденции унификации порядка регистрации географических указаний в Китае, укрепления правовой охраны национальных географических указаний за рубежом, увеличения роли охраны географических указаний в рамках торговых отношений с третьими странами, повышения значения географических указаний в развитии сельского хозяйства.

Динамичное развитие права географических указаний в Китае показывает, насколько важно наличие исторических правовых традиций в данной сфере для успешного использования современных моделей правового регулирования. Идеи аграрного социального утопизма, как видно на примерах Г. Бабёфа и нун цзя, сегодня коррелируют с целями устойчивого развития ООН и являются элементами сельскохозяйственных политик ЕС и Китая.

Наследие 13-й пятилетки в рамках регулирования охраны географических указаний постепенно трансформируется в соответствии с задачами текущей пятилетки, связанными в большей степени с экспортом объектов ИС и их международной защитой. Оценивая результаты построения национальной системы ИС в Китае периода 13-й пятилетки, стоит отметить, что страна занимает ведущие позиции в мире по метрикам ВОИС, учитывающим количество регистраций<sup>49</sup>.

Также в последние годы стало заметнее переформатирование международно-правового поля в отношении права на географические указания. По мнению профессора Денни Фридмана<sup>50</sup>, международное право на географические указания существует в последнее время в рамках представлений о Старом Свете (странах, признающих географические указания) и Новом Свете (США, считающих географические указания инструментом протекционизма). Подобная ситуация, безусловно, отражается на развитии международной торговли.

<sup>43</sup> URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/pdfs/PDFs/December%202012/060911%20Kirk-Kim%20Letter%20on%20GIs.PDF> (дата обращения 11.01.2022).

<sup>44</sup> URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/pdfs/PDFs/December%202012/062011%20Kim-Kirk%20Letter%20on%20GIs.pdf> (дата обращения 11.01.2022).

<sup>45</sup> Consensus on geographical indications protection reached between China and the US. URL: <https://www.managingip.com/article/b1s3kshq308g0/consensus-on-geographical-indications-protection-reached-between-china-and-the-us>

<sup>46</sup> *Cang, V.* (2018). Japan's Washoku as Intangible Heritage: The Role of National Food Traditions in UNESCO's Cultural Heritage Scheme. *International Journal of Cultural Property*, 25 (4), 491–513.

<sup>47</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 08.08.2020 № 1195. СЗ РФ, 2020. № 33. Ст. 5395.

<sup>48</sup> Исключение см. в Соглашении между Правительством Российской Федерации и Федеральным Советом Швейцарской Конфедерации об охране географических указаний и наименований мест происхождения товаров от 29 апреля 2010 г. URL: <https://rospatent.gov.ru/ru/documents/cis-agreem-switzerland/download>

<sup>49</sup> Statistical Country Profile of China (WIPO). URL: [https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country\\_profile/profile.jsp?code=CN](https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=CN) accessed 08.02.2022.

<sup>50</sup> *Friedmann, D.* Grafting the Old and New World: Towards a Universal Trademark Register that Cancels Generic IGO Terms (March 9, 2020). In *WINE LAW AND POLICY: FROM NATIONAL TERROIRS TO A GLOBAL MARKET*, Julien Chaisse, Fernando Dias Simões, Danny Friedmann, eds. (Boston: Brill Nijhoff 2020), 311–345.

Необходимо также признать, что в настоящее время изучение права ИС, в частности права на географические указания, через призму конфуцианского учения является перспективным направлением юридических исследований КНР.

## Литература

1. *Абрамов С. А.* Типология доктрин прав интеллектуальной собственности. Журнал суда по интеллектуальным правам, 2020. № 2 (28). С. 47–52.
2. *Буонарроти Ф.* Грахх Бабёф и заговор равных. Пер. с фр. К. М. Горбач. Под ред. и с предисл. В. В. Святловского. М., Пг.: Госиздат, 1923. 207 с.
3. *Далин В. М.* Социальные идеи Бабёфа накануне революции. НиНИ, 1961. № 1. С. 52–71.
4. *Cang, V.* Japan's Washoku as Intangible Heritage: The Role of National Food Traditions in UNESCO's Cultural Heritage Scheme. *International Journal of Cultural Property*, 2018. No. 25(4), P. 491–513.
5. *Friedmann, D.* IP in China: Moving closer to the common law system for the sake of uniformity. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017. Vol. 12, no. 8. P. 621–622. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx124>
6. *Friedmann, D.* Grafting the Old and New World: Towards a Universal Trademark Register that Cancels Generic IGO Terms (March 9, 2020). IN *WINE LAW AND POLICY: FROM NATIONAL TERROIRS TO A GLOBAL MARKET*. Julien Chaisse, Fernando Dias Simões, Danny Friedmann, eds. Boston: Brill Nijhoff, 2020. P. 311–345.
7. *Graham, A. C.* The "Nung-chia" 農家 "School of the Tillers" and the Origins of Peasant Utopianism in China. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London*, 1979. Vol. 42, no. 1. P. 66–100.
8. *Mason, L.* "Après la conjuration: le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux". *Annales historiques de la Révolution française*, 2008. No. 354. P. 77–103.
9. *Roza, S.* Comment la révolution a transformé l'utopie: le cas de Gracchus Babeuf. *Annales historiques de la Révolution française*, 2011. No. 366. P. 83–103.
10. *Roubier, P.* Le Droit de la propriété industrielle. Paris: Le Renard, 1954. 200 p.
11. *Weber, M.; Baehr, P. R.; Wells, G. C.* The Protestant ethic and the "spirit" of capitalism and other writings. In: Penguin, 2002. 278 p.
12. *Xiaobing, W.; Kireeva, I.* Protection of Geographical Indications in China: Conflicts, Causes and Solutions. *The Journal of World Intellectual Property*, 2007. No. 10. P. 79–96. <https://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2007.00315.x>
13. *Zappalaglio, A.* The Transformation of EU Geographical Indications Law: The Present, Past and Future of the Origin Link (1st ed.). Routledge, 2021. 277 p.
14. *Zhang, N.* A Confucian Analysis on the Evolution of Chinese Patent Law System. Springer, Singapore, 2020. P. 144. [Electronic resource] URL: [https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2\\_6](https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2_6) (accessed: 12.01.2022).

## References

1. *Abramov, S. A.* Typology of doctrines of intellectual property rights [Типологиya doktrin prav intellektual'noi sobstvennosti]. *Journal of the Intellectual Property Rights Court [Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam]*, 2020. No. 2 (28). P. 47–52. (In Rus.)
2. *Buonarroti, F.* Gracchus Babeuf and the conspiracy of equals [Grakkh Babef i zagovor ravnykh]: translation from fr. K.M. Gorbach / ed. and with preface of V.V. Svyatlovsky. M., Pgt: Gosizdat, 1923. 207p. (In Rus.)
3. *Dalin, V. M.* Social ideas of Babeuf on the eve of the revolution [Sotsial'nye idei Babefa nakanune revolutsii]. *Questions of history [Voprosy istorii]*, 1961. No. 1. P. 52–71.
4. *Cang, V.* Japan's Washoku as Intangible Heritage: The Role of National Food Traditions in UNESCO's Cultural Heritage Scheme. *International Journal of Cultural Property*, 2018. No. 25 (4). P. 491–513.
5. *Friedmann, D.* IP in China: Moving closer to the common law system for the sake of uniformity. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017. Vol. 12, no. 8. P. 621–622. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx124>
6. *Friedmann, D.* Grafting the Old and New World: Towards a Universal Trademark Register that Cancels Generic IGO Terms (March 9, 2020). IN *WINE LAW AND POLICY: FROM NATIONAL TERROIRS TO A GLOBAL MARKET*. Julien Chaisse, Fernando Dias Simões, Danny Friedmann, eds. Boston: Brill Nijhoff, 2020. P. 311–345.
7. *Graham, A. C.* The "Nung-chia" 農家 "School of the Tillers" and the Origins of Peasant Utopianism in China. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies. University of London*, 1979. Vol. 42, no. 1. P. 66–100.
8. *Mason, L.* Après la conjuration: le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux. *Annales historiques de la Révolution française*, 2008. No. 354. P. 77–103.
9. *Roza, S.* Comment la révolution a transformé l'utopie: le cas de Gracchus Babeuf. *Annales historiques de la Révolution française*, 2011. No. 366. P. 83–103.
10. *Roubier, P.* Le Droit de la propriété industrielle. Paris: Le Renard, 1954. 200 p.
11. *Weber, M.; Baehr, P. R.; Wells, G. C.* The Protestant ethic and the "spirit" of capitalism and other writings. In: Penguin, 2002. 278 p.
12. *Xiaobing, W.; Kireeva, I.* Protection of Geographical Indications in China: Conflicts, Causes and Solutions. *The Journal of World Intellectual Property*, 2007. No. 10. P. 79–96. <https://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2007.00315.x>
13. *Zappalaglio, A.* The Transformation of EU Geographical Indications Law: The Present, Past and Future of the Origin Link (1st ed.). Routledge, 2021. 277 p.
14. *Zhang, N.* A Confucian Analysis on the Evolution of Chinese Patent Law System. Springer, Singapore, 2020. P. 144. [Electronic resource] URL: [https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2\\_6](https://doi.org/10.1007/978-981-13-9027-2_6) (accessed: 12.01.2022).

# АНАЛИЗ ПРАКТИКИ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ С НАЗНАЧЕНИЕМ СУДЕБНОГО ШТРАФА СУДАМИ ПРИМОРСКОГО КРАЯ

**Хребтова Маргарита Алексеевна**

Российский государственный университет правосудия, Приморский краевой суд, помощник судьи; rita.romashkova.96@mail.ru

**Тарасова Яна Валерьевна**

Приморский краевой суд, судья; glazunova@primkraysud.ru

## АННОТАЦИЯ

Обобщена практика освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа судами Приморского края. Рассмотрены основания для применения или отказа в применении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа. Проведенный анализ коррелирует с общероссийской тенденцией и может быть использован для оценки применимости данной нормы при вынесении решения по уголовным делам.

**Ключевые слова:** судебный штраф, уголовное право, уголовный процесс, освобождение от уголовной ответственности, возмещение ущерба.

## ANALYSIS OF THE PRACTICE OF EXEMPTION FROM CRIMINAL LIABILITY WITH THE APPOINTMENT OF A JUDICIAL FINE BY THE COURTS OF THE PRIMORSKY REGION

**Margarita A. Khrebtova**

Russian State University of Justice, Primorsky regional court, judge assistant; rita.romashkova.96@mail.ru

**Yana V. Tarasova**

Primorsky regional court, judge; glazunova@primkraysud.ru

## ABSTRACT

The practice of liberation from criminal responsibility with the appointment of a judicial fine by the courts of the Primorsky region is generalized. The reasons for the application or refusal to apply a criminal-law arrangements in the form of a judicial fine are considered. The analysis correlates with the general Russian trend and can be used to assess the applicability of this legal norm when making decisions in criminal cases.

**Keywords:** judicial fine, criminal law, criminal procedure, liberation from criminal responsibility, indemnification.

---

За последние 15 лет в Приморском крае наблюдается существенное снижение зарегистрированных в УМВД России по Приморскому краю преступлений<sup>1, 2</sup> (на 60%: с 82 461 в 2006 г. до 32 336 в 2020 г.). Среди общего числа преступлений, зарегистрированных в 2020 г., количество тяжких и особо тяжких преступлений составило 8944 (28%), тогда как подавляющее большинство преступлений имеют небольшую и среднюю тяжесть. Такая картина сложилась на фоне того, что в 2011 г. были внесены изменения в ст. 15 УК РФ, в результате чего к преступлениям небольшой тяжести были отнесены деяния, максимальное наказание за которые не превышает трех лет лишения свободы. Это объективно увеличило число преступлений небольшой тяжести<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Использованы статистические данные Приморского краевого суда. Справка по итогам работы рассмотрения уголовных дел Приморским краевым судом и судами Приморского края за 12 месяцев 2019 г. в сравнении с аналогичным периодом 2018 г. Исполнитель — Т. Н. Усольцева. Владивосток, 2020. 35 с.

<sup>2</sup> Использованы статистические данные Приморского краевого суда и судов Приморского края. Справка по итогам работы рассмотрения уголовных дел Приморским краевым судом и судами Приморского края за 12 месяцев 2020 г. в сравнении с аналогичным периодом 2019 г. Исполнитель — Т. Н. Усольцева. Владивосток, 2021. 26 с.

<sup>3</sup> См.: Есина А. С., Жамкова О. Е. Судебный штраф как средство гуманизации уголовной политики. В сб.: Уголовная политика и культура противодействия преступности. Краснодар: издательство ФГКОУ ВПО «Краснодарский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации», 2016. С. 154–158.

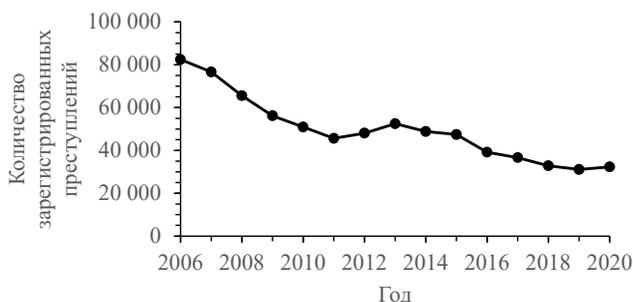


Рисунок 1. Количество зарегистрированных преступлений на территории Приморского края в 2006–2020 гг.

Figure 1. The number of registered crimes on the territory of Primorsky region in 2006–2020.

В судебной практике согласно положениям ст. 76.2 УК РФ применяется норма, регулирующая основания и порядок освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа, которая применима к преступлениям, относящимся к категориям небольшой и средней тяжести. Данная норма появилась относительно недавно и закреплена в Уголовном кодексе РФ (УК РФ) Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности». В своей основе данная правовая норма несет такие преимущества, как гуманизация мер уголовно-правового воздействия<sup>4</sup>, побуждение лица, совершившего преступление, к возмещению ущерба или заглаживанию причиненного вреда<sup>5</sup>.

Судебная практика демонстрирует положительную динамику к применению меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа. Так, за 2019 г. на рассмотрение районных (городских) судов Приморского края отправлено 9505 уголовных дел, из них 286 (3%) — с ходатайством о прекращении уголовного дела и назначении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа. В 2020 г. эти показатели составляли 8855 и 399 (4,5%) уголовных дел соответственно<sup>6</sup>. Это коррелирует с общероссийской практикой, которая показывает, что судебный штраф в 2017 г. был назначен 20 639 лицам, а в 2018 г. — 33 329 лицам (прирост 61%)<sup>7</sup>.

По мнению некоторых авторов, опасения вызвала формулировка ст. 25.1 УПК РФ, которая регламентирует прекращение уголовного дела или уголовного преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа по ходатайству следователя с согласия руководителя следственного органа либо дознавателя с согласия прокурора, в то время как у стороны защиты такие полномочия отсутствуют<sup>8</sup>. Вместе с тем прокуратура Ивановской области разъяснила данное положение УПК РФ<sup>9</sup>, указав, что для рассмотрения вопроса о возможности прекращения уголовного дела или уголовного преследования на основании ст. 25.1 УПК РФ подозреваемому (обвиняемому) необходимо заявить лицу, осуществляющему расследование уголовного дела, соответствующее ходатайство. В практике судов Приморского края примеры, иллюстрирующие описываемую ситуацию, отсутствуют.

Кроме того, в первое время после принятия вышеуказанной нормы опасения вызывала невозможность назначения судебного штрафа по преступлениям, предусмотренным, например, ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 222 УК РФ, из-за отсутствия потерпевшей стороны. При этом судебная практика показывает, что данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для неприменения указанной нормы, поскольку вред от преступления может быть заглажен иным способом, что более подробно будет рассмотрено далее по тексту.

<sup>4</sup> См.: *Гриненко А. В.* Судебный штраф и реалии его применения в уголовном судопроизводстве. Российская юстиция, 2017. № 1. С. 30–31.

<sup>5</sup> См.: *Лямкина Н. И.* Вопросы назначения судебного штрафа. DOI: 10.25513/1990-5173.2019.16(3).164-170. Вестник Омского университета, 2019. Т. 16. № 3. С. 164–170.

<sup>6</sup> Использованы статистические данные Приморского краевого суда и судов Приморского края. Справка по программе изучения практики применения судами Приморского края ст. 76.1 УК РФ (освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа) по уголовным делам, рассмотренным в 2019–2020 гг. Исполнитель — Я. В. Глазунова. Владивосток, 2021. 16 с.

<sup>7</sup> См.: Обзор судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (ст. 76.2 УК РФ) (утвержден Президиумом Верховного суда Российской Федерации 10 июля 2019 г.) [Электронный ресурс]. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_329089/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_329089/) (дата обращения: 08.02.2022).

<sup>8</sup> См.: *Бурцев А. С., Миронюк И. В.* Судебный штраф: критический очерк. Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление, 2017. № 2 (81). С. 126–129.

<sup>9</sup> См.: Прокуратура Ивановской области в связи с обращениями граждан разъясняет положения Уголовно-процессуального и Уголовного кодексов Российской Федерации, регламентирующие основания прекращения уголовного дела или уголовного преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа [Электронный ресурс]. URL: [https://epp.genproc.gov.ru/web/proc\\_37/activity/legal-education/explain?item=54029972](https://epp.genproc.gov.ru/web/proc_37/activity/legal-education/explain?item=54029972) (дата обращения: 12.12.2021).

Анализ практики судов Приморского края<sup>10</sup> показал, что наиболее распространено освобождение лица от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа по преступлениям, предусмотренным ч. 1, 2 ст. 158, ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 264 УК РФ. Основанием для назначения меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в подавляющем большинстве случаев служило полное возмещение ущерба как обязательное условие для прекращения уголовного дела. При этом возмещение ущерба в полном объеме подтверждалось документально, а также показаниями потерпевших, если такие имелись. Однако в итоговых судебных решениях не всегда приводились ссылки на документы, которыми подтверждается заглаживание причиненного преступлением вреда, при этом суд опрашивал потерпевшего по факту возмещения причиненного преступлением ущерба.

Постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и назначении судебного штрафа в случаях, когда ущерб от причиненного преступления возмещен частично, судами Приморского края не принимались.

В практике судов Приморского края имелись случаи, когда возмещение ущерба согласно п. 2.1 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 19<sup>11</sup> производилось не в денежной форме. Такими примерами служили оплата товаров и услуг медицинского характера, покупка продуктов питания, оплата расходов на погребение погибшего, наряду с принесением извинений, в том числе публичных. Кроме того, в качестве действий, направленных на заглаживание причиненного преступлением вреда, судами Приморского края признавались оказание благотворительной помощи в денежном и натуральном выражении, оказание спонсорской помощи, а также возмещение потерпевшим ущерба путем возврата похищенного имущества.

Дополнительными условиями для принятия решения об освобождении от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа являлись семейное и материальное положение виновного, наличие у него иждивенцев, состояние его здоровья, материалы, характеризующие личность обвиняемого, отсутствие нарушений чьих-либо прав и охраняемых законом интересов, активное содействие расследованию преступления, а также иные действия лица, направленные на заглаживание причиненного вреда. При определении размера судебного штрафа судом учитывались тяжесть совершенного преступления, имущественное положение лица, освобождаемого от уголовной ответственности, и его семьи, размер заработной платы или иного дохода указанного лица, а также наличие иждивенцев.

Стоит сказать, что при рассмотрении уголовных дел с назначением судебного штрафа иногда возникают сложности в определении допустимости и достаточности действий по заглаживанию причиненного преступлением вреда в связи с тем, что в законе отсутствует прямое перечисление способов и действий, направленных на это. Президиум Верховного суда РФ в «Обзоре судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа»<sup>12</sup> высказал мнение, что нейтрализация последствий уголовно наказуемого деяния не может быть одинакова во всех случаях и определяется в зависимости от особенностей конкретного деяния<sup>13</sup>. В результате у судов при назначении судебного штрафа возникают сложности в установлении соответствия противоправных действий и действий, направленных на заглаживание причиненного преступлением вреда. В связи с этим предлагается разрешить проблему путем внесения изменений в действующее постановление Пленума Верховного суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19<sup>14</sup> с целью разъяснить судам, «что под заглаживанием вреда следует понимать принятие со стороны виновного лица таких мер, которые полностью или в части направлены непосредственно на восстановление тех законных интересов и общественных отношений, которым незаконными действиями причинен ущерб или иной вред. Не допускаются в качестве заглаживания вреда действия виновного, не относящиеся к объекту посягательства»<sup>15</sup>.

Сложности в определении допустимости и достаточности действий по заглаживанию причиненного преступлением вреда наблюдаются в том числе в уголовных делах по преступлениям коррупционной направленности<sup>16</sup>. Такие преступления наносят вред законным интересам общества и государства, авторитету государственной, муниципальной службы. Имеют место случаи, когда деятельность виновного лица направлена на заглаживание при-

<sup>10</sup> Использованы статистические данные судов Приморского края. Справка по программе изучения практики применения судами Приморского края ст. 76.1 УК РФ (освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа) по уголовным делам, рассмотренным в 2019–2020 гг. Исполнитель — Я. В. Глазунова. Владивосток, 2021. 16 с.

<sup>11</sup> См.: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности (с изменениями и дополнениями)». «КонсультантПлюс» [справочно-правовая система] [Электронный ресурс]. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_148355/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148355/) (дата обращения: 06.02.2022).

<sup>12</sup> См. выше сноску 7.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> См. выше сноску 11.

<sup>15</sup> *Макаров А. В., Вдовенко М. А.* Заглаживание причиненного вреда при отсутствии потерпевшего во исполнение условий освобождения от уголовной ответственности в связи с назначением судебного штрафа. DOI: 10.18572/1812-3791-2021-8-31-36. Российский судья, 2021. № 8. С. 31–36.

<sup>16</sup> Использованы статистические данные судов Приморского края. Обобщение практики освобождения от уголовной ответственности в связи с назначением судебного штрафа (ст. 76.2 УК РФ) за 2020 г. и первое полугодие 2021 г. по преступлениям коррупционной направленности. Исполнитель — Н. Н. Гончарова. Владивосток, 2021. 10 с.

чиненного преступлением вреда лицу, не связанному с объектом преступного посягательства, например на дополнительную социальную поддержку граждан, при отсутствии сведений о том, каким образом заглажен вред именно перед объектом посягательства. Это ставит под сомнение допустимость и достаточность действий по заглаживанию причиненного вреда и наличие оснований для освобождения от уголовной ответственности по данной категории преступлений. Стоит отметить, что в качестве заглаживания вреда, причиненного преступлением, судом не могут учитываться действия виновного (благотворительность и т. п.), произошедшие до совершения инкриминируемого преступного деяния. Принесение извинений стороне потерпевших также нельзя считать безусловным основанием к применению судебного штрафа (ст. 318, 319 УК РФ).

Наиболее распространенными основаниями отказа в удовлетворении ходатайств о прекращении уголовного дела (уголовного преследования) и назначении лицу меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа являлись невозмещение ущерба потерпевшему, наличие у обвиняемого неснятой и непогашенной судимости, а также существенные нарушения требований уголовно-процессуального закона в ходатайстве органа предварительного следствия о применении судебного штрафа, такие как отсутствие сведений о судимости обвиняемого, о возмещении ущерба, причиненного потерпевшему, или неуказание в постановлении даты совершения преступления. В случае неуплаты судебного штрафа в установленный срок, по представлению судебного пристава постановление суда о прекращении уголовного дела и применения мер уголовно-правового характера в виде судебного штрафа отменялось судом с направлением уголовного дела руководителю следственного органа либо с продолжением рассмотрения уголовного дела в общем порядке.

В случаях обжалования таких постановлений в судах апелляционной инстанции встречались случаи отмены или изменения судебных решений. Основаниями являлись существенные нарушения уголовно-процессуального закона. Так, судом не выяснялось мнение обвиняемого об освобождении его от уголовной ответственности в связи с назначением судебного штрафа, не разъяснялись юридические последствия прекращения уголовного дела по нереабилитирующим основаниям. Еще одним основанием для отмены постановления является неверное применение положений ст. 69 УК РФ, предусматривающих правила назначения наказания по совокупности преступлений, тогда как назначение судебного штрафа по совокупности преступлений не предусмотрено законом. Случаи, когда постановление обжаловала сторона защиты, чаще всего были связаны с неразъяснением обвиняемому наступления возможной конфискации имущества в соответствии с п. «а» ч. 1 ст. 104.1 УК РФ.

Следует отметить, что имеется практика удовлетворения ходатайств об освобождении от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа вопреки позиции прокурора (государственного обвинителя). Свое решение суды мотивировали тем, что мнение прокурора, не поддержавшего ходатайство, не препятствует применению положений ст. 76.2 УК РФ, если судом установлены обстоятельства, свидетельствующие о наличии предусмотренного законом основания для прекращения уголовного дела и/или уголовного преследования с назначением судебного штрафа. При этом большая часть судебных решений по таким вопросам государственными обвинителями не обжаловалась.

В подавляющем большинстве случаев обжалование постановлений о прекращении уголовного дела и уголовного преследования и назначении судебного штрафа инициирует государственный обвинитель (прокурор). Стоит отметить, что в конце 2020 г. вышла рекомендация Генерального прокурора РФ о проверке обоснованности назначения судебных штрафов<sup>17</sup>, в связи с чем в судах апелляционной инстанции наблюдается существенный прирост апелляционных представлений государственных обвинителей на постановления о прекращении уголовных дел с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа<sup>18</sup>.

Таким образом, анализ практики судов Приморского края показал, что судебный штраф является реально работающей нормой освобождения от уголовной ответственности. Несмотря на то, что за последние годы доля уголовных дел, прекращенных с назначением судебного штрафа, составляла не более 5% от общего числа окончанных, данная правовая норма продолжает применяться чаще. Вывод о возможности или невозможности освобождения лица от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа должен быть обоснован ссылками на фактические обстоятельства, исследованные в судебном заседании. Суд обязан не просто констатировать наличие или отсутствие указанных в законе оснований для освобождения от уголовной ответственности, а принять справедливое и мотивированное решение с учетом всей совокупности данных, характеризующих в том числе особенности объекта преступного посягательства, обстоятельства его совершения, конкретные действия, предпринятые лицом для возмещения ущерба или иного заглаживания причиненного преступлением вреда, изменение степени общественной опасности деяния вследствие таких действий, личность виновного, а также обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание.

<sup>17</sup> См.: В Генпрокуратуре России прошла коллегия по вопросам состояния законности при применении института освобождения от уголовной ответственности с назначением меры в виде судебного штрафа [Электронный ресурс]. URL: <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/mass-media/news?item=57130754> (дата обращения: 12.12.2021).

<sup>18</sup> Использованы статистические данные судов Приморского края. Обобщение судебной практики применения судами Приморского края ст. 76.1 УК РФ (освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа) по уголовным делам, рассмотренным в 2020 г. — первом полугодии 2021 г. Исполнитель — Я. В. Тарасова. Владивосток, 2020. 26 с.

## Литература

1. Бурцев А. С., Миронюк И. В. Судебный штраф: критический очерк. Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление, 2017. № 2 (81). С. 126–129.
2. Гриненко А. В. Судебный штраф и реалии его применения в уголовном судопроизводстве. Российская юстиция, 2017. № 1. С. 30–31.
3. Есина А. С., Жамкова О. Е. Судебный штраф как средство гуманизации уголовной политики. В сб.: Уголовная политика и культура противодействия преступности. Краснодар: Издательство ФГКОУ ВПО «Краснодарский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации», 2016. С. 154–158.
4. Лямкина Н. И. Вопросы назначения судебного штрафа. Вестник Омского университета, 2019. Т. 16, № 3. С. 164–170. DOI: 10.25513/1990-5173.2019.16(3).164-170.
5. Макаров А. В., Вдовенко М. А. Заглаживание причиненного вреда при отсутствии потерпевшего во исполнение условий освобождения от уголовной ответственности в связи с назначением судебного штрафа. Российский судья, 2021. № 8. С. 31–36. DOI: 10.18572/1812-3791-2021-8-31-36.

## References

1. Burtsev, A. S., Mironyuk, I. V. Judicial fine: a critical essay [Sudebnyy shtraf: kriticheskiy ocherk]. Science and education: economy and economics; entrepreneurship; law and governance [Nauka i obrazovaniye: khozyaystvo i ekonomika; predprinimatel'stvo; pravo i upravleniye], 2017. No. 2 (81). P. 126–129. (In Rus.)
2. Grinenko, A. V. Judicial fine and the realities of its application in criminal proceedings [Sudebnyy shtraf i realii yego primeneniya v ugovolnom sudoproizvodstve]. Russian justice [Rossiyskaya yustitsiya], 2017. № 1. P. 30–31. (In Rus.)
3. Esina, A. S., Zhamkova, O. E. Judicial fine as a means of humanization of criminal policy [Sudebnyy shtraf kak sredstvo gumanizatsii ugovolnoy politiki]. In collection of articles: Criminal policy and the culture of combating crime: International scientific and practical conference [Ugolovnaya politika i kul'tura protivodeystviya prestupnosti]. Krasnodar: Publishing House of the Federal State Educational Institution of Higher Professional Education "Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation", 2016. P. 154–158. (In Rus.)
4. Lyamkina, N. I. Questions of the appointment of a judicial fine [Voprosy naznacheniya sudebnogo shtrafa]. Omsk University Bulletin [Vestnik Omskogo universiteta], 2019. Vol. 16. № 3. P. 164–170. DOI: 10.25513/1990-5173.2019.16(3).164-170. (In Rus.)
5. Makarov, A. V., Vdovenko, M. A. Making amends for the harm caused in the absence of the victim in fulfillment of the conditions for release from criminal liability in connection with the appointment of a court fine [Zaglazhivaniye prichinennogo vreda pri otsutstvii poterpevshego vo ispolneniye usloviy osvobozhdeniya ot ugovolnoy otvetstvennosti v svyazi s naznacheniyem sudebnogo shtrafa]. Russian judge [Rossiyskiy sud'ya], 2021. № 8. P. 31–36. DOI: 10.18572/1812-3791-2021-8-31-36. (In Rus.)

# НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СИСТЕМЕ УПРАВЛЕНИЯ XXI ВЕКА.

## Обзор секции юридического факультета СЗИУ, состоявшейся в рамках III Международной научно-практической конференции по вопросам государственного управления и общественного развития «Горчаковские чтения — 2021» (Санкт-Петербург, 25 ноября 2021 г.)

### Разуваев Николай Викторович

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

### Шмарко Ирина Константиновна

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

### АННОТАЦИЯ

Настоящий обзор содержит тезисы выступлений участников секции юридического факультета СЗИУ РАНХиГС, состоявшейся в рамках III Международной научно-практической конференции по вопросам государственного управления и общественного развития «Горчаковские чтения — 2021». Выступления ученых, принявших участие в работе секции, были посвящены актуальным проблемам правового регулирования в условиях цифровизации, использования искусственного интеллекта, интенсивного внедрения государством технологий в сферу публичных и частных отношений.

*Ключевые слова:* цифровизация, искусственный интеллект, новая этика, делиберативность.

## NEW TECHNOLOGIES OF LEGAL REGULATION IN THE MANAGEMENT SYSTEM OF THE XXI CENTURY. Overview of the III International Scientific and Practical Conference on Public Administration and Social Development “Gorchakov Readings 2021”

**Nikolay V. Razuvaev**, PhD in Jurisprudence, Head of the Department of Civil and Labor Law, North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, St. Petersburg, Russian Federation; nrasuvaev@yandex.ru.

**Irina K. Shmarko**, Editor of the Publishing and Printing Center, North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, St. Petersburg, Russian Federation; shmarko-ik@ranepa.ru.

### ABSTRACT

This review contains the abstracts of the speeches of the participants of the III International Scientific and Practical Conference on Public Administration and Social Development “Gorchakov’s Readings 2021”, organized by the North-Western Institute of Management of the RANEPA, whose speeches were devoted to the problems of legal regulation that arise in the context of digitalization, the use of artificial intelligence, intensive implementation by the state of technologies in the sphere of public and private relations.

*Keywords:* digitalization, artificial intelligence, new ethics, deliberativeness.

---

25 ноября 2021 г. Северо-Западным институтом управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы была организована III Международная научно-практическая конференция по вопросам государственного управления и общественного развития «Горчаковские чтения — 2021». Конференция состоялась

в дистанционном формате, на платформе MS Teams. В конференции приняли участие ведущие эксперты Академии государственного управления Казахстана, университетов Узбекистана, Армении, а также высших учебных заведений Санкт-Петербурга, Москвы, Мурманска, Воронежа, других образовательных, общественных и некоммерческих организаций.

В секции «Новые технологии правового регулирования в системе управления XXI века», проведенной юридическим факультетом СЗИУ в рамках конференции, выступили с докладами Е. Н. Доброхотова, В. В. Денисенко, Н. С. Малютин, Д. А. Лисовицкий, Г. В. Алексеев, В. П. Есенова, И. И. Осветимская, В. Л. Вольфсон, В. В. Архипов, Г. В. Цепов, У. А. Удавихина, а также другие российские ученые, теоретики права и специалисты в сфере отраслевых юридических дисциплин. Модераторами секции выступили декан юридического факультета Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ С. Л. Сергеевич и заведующий кафедрой гражданского и трудового права СЗИУ РАНХиГС Н. В. Разуваев.

Участники конференции обсудили вопросы трансформации субъективных гражданских прав в условиях цифровизации правопорядка, правовых принципов использования цифровых технологий в публичном управлении, реализации концепции единой публичной власти в РФ и новых подходов в сфере государственного управления территорией, применения инструментов цифровой диктатуры, реализации принципа делиберативности в публичном управлении, управления деятельностью хозяйственных обществ в цифровую эпоху и многие другие. Перед началом работы секции с приветственным словом к ее участникам обратился заместитель директора СЗИУ РАНХиГС Д. Е. Мерешкин, отметивший значимость рассматриваемой проблематики в современных условиях и пожелавший собравшимся продуктивной работы.

Учитывая научную актуальность и практическую значимость состоявшегося обсуждения, предлагаем вниманию читателей краткий обзор выступлений участников секции.

**Николай Викторович Разуваев**<sup>1</sup>. Уже не первый раз в Северо-Западном институте управления обращаются к обсуждению проблем цифровизации правопорядка, ее общесоциальных и юридических последствий. Тема сегодняшней конференции свидетельствует об универсальности рассматриваемых тенденций, находящихся свое проявление в любых сферах общественной жизни, будь то культурное творчество, экономика, политика или право. Цифровая трансформация в постиндустриальном обществе кардинально преобразует уже не только общественное производство (как это было в 1970-х гг., когда американские теоретики постиндустриализма ввели в оборот соответствующий термин), но и другие сферы, включая государственное управление и право. Для последних цифровизация стала мощным стимулом эволюции, преобразовавшей основные структуры правового и политического порядков и приведшей к возникновению качественно новых явлений социальной действительности.

В самом деле, еще лет десять-пятнадцать назад проблема становления права и государства постмодерна рассматривалась главным образом в контексте разрушения базовых принципов, заложенных в эпоху Нового времени, тотальной неопределенности в сфере регулирования, перманентного чрезвычайного положения и т. п. Подобные суждения, на наш взгляд, свидетельствуют не столько о распаде сложившихся структур в условиях наступления «ситуации постмодерна» (пользуясь термином французского мыслителя Ж.-Ф. Лиотара), сколько об отсутствии четких научных представлений о сущностных характеристиках постсовременных права и государства. В последние годы среди исследователей сложился своеобразный консенсус в том, что правовой и политический порядки постсовременности имеют по преимуществу цифровой характер. Причем важно отметить, что предпосылками такого единения стали процессы, на наших глазах происходящие не только в науке, но и на практике. Речь идет, в частности, о формировании цифровых управленческих структур, цифровизации объектов субъективных прав, а также о цифровой трансформации самих этих прав.

Все это позволяет сделать вывод, что правовое регулирование представляет собой, в первую очередь, информационный процесс, направленный на упорядочение коммуникативных отношений, складывающихся в обществе. Правопорядок в таком случае может быть представлен в качестве системы связи, структурно отвечающей классическому описанию, данному Клодом Шенноном, предложившим пятичленную конструкцию, которая включает в себя источник информации, ее передатчик, канал передачи информации, приемник и адресата сообщения<sup>2</sup>. Очевидно, что цель функционирования указанной системы состоит в совершенствовании средств коммуникации, в том числе в оптимизации способов кодирования, декодирования и передачи информации. Речь, иными словами, идет в данном случае о чисто формальных приемах, чем, собственно, и объясняется использование термина «технологии» применительно к рассматриваемому кругу отношений.

Однако не вызывает сомнений, что прогресс правового регулирования предусматривает не только совершенствование средств юридической коммуникации, включая и знаковые ее средства (а цифра, безусловно, является одним из таких средств), но и развитие содержательных аспектов, то есть, прежде всего, ценностной составляющей

<sup>1</sup> Доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ.

<sup>2</sup> См.: Шеннон К. Математическая теория связи. Работы по теории информации и кибернетике. М.: Издательство иностранной литературы, 1963. С. 245–246.

диалога, участники которого должны относиться друг к другу как к равноправным субъектам, обладающим личной свободой, которая выступает необходимой предпосылкой коммуникации. Игнорирование ценностной значимости права, а также воплощенной в нем человеческой ценности способно привести лишь к выхолащиванию собственно правового начала регулирования, что с неизбежностью повлечет за собой снижение его эффективности, сколь бы совершенными ни были применяемые при этом технологии.

Представляется, что самый главный вывод из всего сказанного состоит в том, что никакая цифровая трансформация не изменяет сущностных характеристик права как проявления экзистенциальной и социальной свободы субъектов коммуникации. Надеюсь, что этот вывод поддержат и другие участники сегодняшней дискуссии.

**Елена Николаевна Доброхотова**<sup>3</sup>. Цифровая среда — это новая среда, с которой мы все с вами взаимодействуем. При использовании цифровых технологий мы не должны терять из виду главного предназначения права — служить добру и справедливости. И если юристы больше сосредоточены на понятии справедливости, поиске некоего оптимального сочетания публичных и частных интересов, право как искусство добра и справедливости должно быть ориентировано к общему благу. Мы живем среди людей, и хоть у нас появляются виртуальные двойники, за действия которых мы должны нести ответственность, но следует еще раз вспомнить, что право — это именно искусство, а искусство без философского осмысления не может состояться.

Сейчас нужны синергичные научные исследования с привлечением различных областей знания: философии, психологии, права, биологии, медицины. Например, медицинские знания в области охраны здоровья требуются при оценке рисков, которые возникают, когда мы переходим к работе с использованием цифровых технологий. Если говорить о согласовании публичных и частных интересов при применении новых цифровых технологий и взглянуть на эту проблему сквозь призму добра и зла, то я думаю, что больше надо сосредоточиться на оценке того, где технология причиняет нам зло или вред, а где право не выполняет свою функцию достижения всеобщего блага. Я хочу вспомнить примеры конкуренции искусственного интеллекта с естественным, случаи подмены естественного интеллекта искусственным, которые вызвали катастрофы, например, на производстве, в авиаперевозках (когда искусственный интеллект неверно реагировал на показания приборов и принимал решение совершить маневр, что приводило к крушению самолета). Человек реагирует не так быстро на меняющуюся ситуацию и реагирует в принципе по-другому, не так, как искусственный интеллект.

Поэтому в попытке согласовать публичные и частные интересы при регулировании новой реальности и новых коммуникаций, в которых уже задействован искусственный интеллект, новые технологии общения требуют задуматься о вопросах этизации права, этики нового времени, так как искусственному интеллекту сложно будет свободно осознать или эмоционально отреагировать на ситуацию, когда, например, беспилотник такси выбирает маневр, который требуется совершить в ситуации, угрожающей человеку или нескольким людям. Какой выбор он сделает? Для человека выбор в такой ситуации невозможен, так как каждая человеческая жизнь важна и не измеряется количественно. Поэтому этизация правового регулирования при использовании новых технологий — это важнейшая проблема. Говоря о новых технологиях правового регулирования, нужно отметить, что они уже сложились и не были связаны с цифровизацией, а стали следствием общесистемных изменений в жизни: появления комплексного регулирования, замены метода правового регулирования механизмом правового регулирования.

Предметное деление права на отрасли сохраняется, а вот функционально метод заменен более сложной категорией — такой как механизм регулирования. Мы видим, что конструкции, которые ранее считались исключительно частноправовыми, например договорное регулирование, пережили определенную трансформацию и вошли в такие отрасли правового регулирования, где присутствуют участники — носители публичных, социальных и частных интересов, например в трудовом, образовательном праве и праве социального обеспечения.

**Владислав Валерьевич Денисенко**<sup>4</sup>. Я бы хотел рассмотреть вопрос применения принципов делиберативности в публичном управлении. Само словосочетание является довольно новым, потому что у нас в учебной литературе оно не встречается, при том что какой-либо концепт считается парадигмальным, когда он входит в учебную литературу. Между тем где-то с 90-х гг. эта тема рассматривается уже в европейской и американской научной и учебной литературе по юриспруденции, политологии. Принцип делиберативности считается одним из основных в правотворчестве, при принятии публично-правовых решений. Он означает обязательность учета общественного мнения граждан, причем такой учет общественного мнения подразумевается не в виде социологического опроса, а в форме полноценного участия граждан как субъектов правотворчества, когда затрагиваются их интересы. Как пишет канадский мыслитель Уилл Кимлика, делиберативный поворот произошел где-то в 1990 г., когда началось закрепление этого принципа в конституционном законодательстве и на уровне муниципального права. Актуально ли применение этого принципа для России?

<sup>3</sup> Доцент, кандидат юридических наук, Российский государственный педагогический университет им. А. И. Герцена.

<sup>4</sup> Доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета.

Сейчас в рамках применения новых цифровых технологий это как никогда актуально. В социологии и политологии есть такое понятие, как постправда, когда сложно определить общественное мнение и реальность в условиях информационной эпохи. То есть может быть проведено какое-то общественное слушание в электронном формате, но потом оказывается, что оно не отражает точку зрения населения. Например, два года назад имело место довольно сильное протестное движение в Екатеринбурге против строительства православного храма. До этого был проведен опрос общественного мнения, который показал, что население относится положительно к решению его постройки, но, когда начались строительные работы, граждане начали действия против них. Это говорит о том, что социологические опросы, особенно в электронном формате, не всегда отражают действительное настроение в обществе. Поэтому, когда мы говорим об участии граждан в принятии публично-правовых решений, речь идет не только о каких-то императивных действиях, к которым не привлекается население непосредственно, но и о ставших повседневыми электронных формах учета мнения населения, хотя зачастую они не отражают реальной картины.

Говоря о принципе делиберативности, стоит упомянуть такую популярную сейчас тему, как конституционная идентичность. В контексте данной идентичности следует рассмотреть делиберативность как возможность граждан высказать свое мнение либо на референдуме, либо в рамках алеаторных процедур, когда создаются гражданские ассамблеи, куда по принципу жребия подобно суду присяжных допускаются люди, и они в течение определенного периода обсуждают возможность реформы или принятия какого-то конкретного решения. Эти способы считаются наиболее эффективными в части решения вопросов, касающихся религии, соматических прав человека. Наилучшим образом такие гражданские ассамблеи себя показали в том, что касается культурной самобытности народов в Австралии, Ирландии и ряде иных стран Западной Европы и Латинской Америки. Например, в Бразилии на уровне муниципалитетов использование алеаторных процедур позволяет принимать решения, поддерживаемые населением. В качестве отрицательного примера, когда органы власти отказываются учитывать мнение населения при принятии решения, можно привести ситуацию в Польше, где Конституционный суд выносит решения по вопросам конституционной идентичности в связи с рассмотрением вопроса возможности прерывания беременности. Принимаемое Конституционным судом и органами власти решение по данной проблеме вызывает протесты, так как решение принимается без учета мнения общественности.

Что касается соблюдения принципа делиберативности в РФ, то можно отметить наличие в стране всех характерных черт, которые присущи общемировым тенденциям: правовая экспансия, то есть расширение предмета правового регулирования, дифференциация правового сознания, что называется концом идеологии, возникновение вопросов конституционной идентичности, которые стоят очень остро. На мой взгляд, именно процедуры алеаторного и делиберативного характера при принятии публично-правовых решений — это наиболее адекватный, апробированный опыт для административно-правовой системы и государственного управления в целом.

**Малютин Никита Сергеевич**<sup>5</sup>. Проблемы новых технологий и их влияния на государственное управление очень важны. Необходимо раскрыть взаимосвязь категории единой публичной власти и новых подходов к управлению территориями Российской Федерации. Сегодня анализ действующей системы законодательства в сфере государственного управления территорией позволяет сказать, что до конституционной поправки 2020 г. у нас применялись две устоявшиеся модели управления территориями: условно можно назвать их моделями перераспределения полномочий и делегирования полномочий.

В рамках модели распределения полномочий под управлением находились территории с особым статусом: города федерального значения, ЗАТО, наукограды и территории районов Крайнего Севера. Суть этой модели состоит в том, что сама концепция осуществления власти связывается с тем, что полномочия и сфера компетенции органов публичной власти в рамках этой системы перераспределяются с муниципального уровня на более высокий уровень, например от местного самоуправления к субъектам Федерации, а в отношении ЗАТО муниципальные и региональные полномочия переносятся на федеральный уровень. Сама по себе такая модель может вызывать вопросы, так как она выходит за рамки универсальной трехчленной (муниципальный, региональный и федеральный уровни) системы управления, и она должна рассматриваться как некая исключительная модель. Анализ существующего законодательства в целом подтверждает, что эта модель действительно применяется в исключительных случаях.

Вторая модель — делегирование полномочий — содержит в себе более острую проблему, так как к территориям применения такой модели относятся инновационные научно-технологические центры, территории опережающего социально-экономического развития, территория свободного порта Владивосток и территория Арктической зоны. Особенность управления этими территориями заключается в том, что модель единой публичной власти является недостаточно эффективной, что вынуждает саму власть переходить к иным способам управления такими территориями. Мы видим, что ключевые полномочия по управлению такими территориями переходят к негосударственным структурам: управляющим компаниям и иным негосударственным институтам. С одной стороны, очевидны достоинства такого управления, когда экономически значимые территории получают обоснованное управление

<sup>5</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова.

негосударственными структурами, но с другой — теряется государственный элемент, связанный с необходимостью публичного управления этой территорией, несмотря на то, что управленческими полномочиями наделяются негосударственные институты. Еще одна проблема состоит в том, что фактически возникает некое неравенство в сфере общественного регулирования, так как ряд общественных институций в рамках таких территорий приобретает особую власть в публично-правовой сфере, что создает неравенство в доступе к государственным услугам и т. п.

В связи с появлением в Конституции РФ нового вида территории — федеральной территории — возникает третья, новая модель управления, не укладывающаяся в существующие модели. Она представляется эксклюзивной, так как все три уровня власти сливаются в единую новую систему, появляется новый орган управления — совет, и отсутствует единый закон, который бы регулировал создание и управление федеральной территорией как таковой, что позволяет думать, что в отношении каждой федеральной территории может быть введена собственная модель управления, максимально отражающая местные условия и территориальные особенности.

**Лисовицкий Дмитрий Александрович**<sup>6</sup>. Продвижение цифровизации является инициативой во многом государственных органов. В связи с этим возникает один вопрос, на который хотелось бы обратить внимание. Тот, кто выступает заказчиком цифровизации, экстраполирует все эти процессы, действительно являющиеся всеобъемлющими, стоит хотя бы посмотреть на количество госконтрактов по созданию систем. Поскольку заказчиком цифровизации выступает именно государство, то развитие этого процесса, в первую очередь, направлено на удовлетворение его потребностей. В подобной ситуации возникают определенные опасения, помимо защиты персональных данных, что в такой глобальной системе, которая, конечно, необходима, граждане выступают неким пассивным субъектом, а не актором этого процесса.

Поэтому в рамках стратегии цифровизации должны быть закреплены и реализованы некие гарантии для граждан, что их права и свободы в рамках этого процесса будут поставлены во главу угла и разработка соответствующих решений будет идти при соблюдении интересов граждан. Ключевая проблема видится в необходимости параллельной реализации двух процессов: с одной стороны, разработки и принятия правовых актов и в процессе цифровизации создание соответствующих систем, а с другой — формирование параллельной системы правового регулирования, обеспечивающей права и интересы граждан внутри самого процесса цифровизации, чтобы граждане не были его пассивными участниками.

В рамках проводимой цифровизации можно уже говорить о появлении цифрового человека как совокупности данных о человеке, который фактически стал объектом регулирования и управления. Понятие «цифровой человек» как условный аватар, существующий в цифровом пространстве, отделенный от личности, начинает жить своей товарной природой. И такая ситуация тоже требует адекватного отражения в праве. Да и само право теперь тоже становится метасферой проявления нашей жизни, и это цифровое «я» каждого из нас должно получить свой правовой статус.

**Алексеев Георгий Валерьевич**<sup>7</sup>. Я бы начал с определения искусственного интеллекта как моделирования процессов, происходящих в человеческом сознании, машинами посредством математических методов. На мой взгляд, самое опасное в этом определении слово — «моделирование», так как любой искусственный интеллект в этом смысле будет симулякротом того, что происходит в человеческом сознании. При этом мы не понимаем, как мыслит машина. Человеческий интеллект как качество психики складывается из способности создавать новые ситуации, способности к обучению на основе опыта, пониманию, применению абстрактных концепций, использованию своих знаний, формированию новых абстрактных понятий. Машина работает совершенно по-другому: она легко запоминает, сохраняет информацию, понимание ею затруднено, но в действительности мы не знаем, что и как она понимает и способна ли машина мыслить абстрактно. В этом смысле мышление искусственного интеллекта кардинально отличается от привычного нам человеческого мышления.

Что касается правовой культуры, которая вместе с человеческим интеллектом составляют основу происходящего в правовом поле современного общества, то право не предполагает наличия информационных технологий в том виде, в котором оно складывалось в последние две тысячи лет и более. Мы можем придумать новые институты, но заимствовать что-то, например, в римском праве, что могло бы быть релевантно цифровой реальности, мы не можем, потому что таких вопросов в то время не было. Поэтому мы не можем ничего легитимировать посредством рецепции и должны исходить из профессионального правосознания юриста. А у юриста существуют комплексные представления о развитых индустриальных субкультурах, в том числе об информационной субкультуре, которые дают ему возможность выполнять свои профессиональные обязанности в новых условиях, например разрешать споры в цифровой сфере.

В сферу экономики искусственный интеллект внедрен достаточно глубоко, например, в рамках биржевых торгов. С одной стороны, у нас существуют технологии машинного обучения, чат-боты, сервис-роботы, а также техно-

<sup>6</sup> Санкт-Петербургский государственный экономический университет.

<sup>7</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

логии распознавания лиц и другие механизмы идентификации. При этом пока нейросети моделируют работу мозга крайне плохо, кроме алгоритмов расчета. Это касается искусства, сочинения музыки, управления автомобилем.

У нас есть доктринальные представления об искусственном интеллекте, о том, что он может восприниматься как некий субъект правовых отношений, либо равнозначно юридическому лицу, либо как нечто новое. Кажется, искусственный интеллект постепенно становится субъектом права, но сам он об этом не знает, и потому я полагаю, что это некая правовая утопия. Есть и другая позиция, которая состоит в том, что требуется изменение правового регулирования искусственного интеллекта, который будет на неких цифровых платформах реализовывать свою правосубъектность.

Искусственный интеллект становится также инструментом международного общения. Сегодня правительства и частные лица используют его для улучшения оказания медицинских услуг, распознавания лиц, вынесения судебных решений (например, в Дании разводы оформляются практически автоматически при помощи технологии искусственного интеллекта). С одной стороны, это удобно, но абсолютно неприменимо к большинству особых ситуаций.

Интерес для анализа представляет также деятельность корпораций в сфере интеллектуальной собственности, которые создают оцененный на рынке продукт, например создатели видеоигр с огромными годовыми оборотами (такие как Dota). Встает вопрос, насколько интегрирован искусственный интеллект в менеджмент таких корпораций. При этом развлечения могут быть очень закрытыми, создавая пространства для малых групп, адептов определенной цифровой субкультуры, и внутри таких виртуальных сообществ создаются собственные правила, законы, виртуальная реальность, в которой реализуются права и свободы членов такого сообщества.

Получается, что искусственный интеллект на сегодняшний день и его использование ориентированы прежде всего на индустрию развлечений. И это влияет на суть машинного понимания окружающей действительности. По факту выясняется, что при внедрении искусственного интеллекта возникает парадокс морали, который состоит в том, что варианты выбора моделей поведения человека, обусловленные его обычной моторикой, очень сложно понять искусственному интеллекту, а он оказывает больше влияния на повседневную действительность, чем что-то еще. И когнитивный парадокс состоит между тем, что видит искусственный интеллект, и тем, что в итоге понимает индивид в процессе участия в правовых отношениях. Все это порождает абсолютную неспособность права регулировать отношения с участием искусственного интеллекта, потому что он не знает о существовании права, и в этом смысле его поведение подчинено совсем другим математическим алгоритмам. Мне кажется, что в связи с этим аспектом искусственный интеллект опасен и мы находимся в начале пути его развития и не понимаем логики, с которой он будет принимать решения в дальнейшем.

**Валентина Петровна Есенова**<sup>8</sup>. Большие базы данных о гражданах могут стать объектом торговли — на эту проблему обращал внимание Комитет по юридическим вопросам Европарламента. В условиях использования цифровых технологий человек становится не то чтобы объектом манипулирования, но объектом использования в интересах крупных корпораций. В том числе объектом становятся его персональные данные, на которые человек фактически может утратить права собственности, — как отмечал Европарламент, человек может также не знать, как используются его данные. В этом контексте стоит обратить внимание на риски, в частности необходимость контроля за возможностями создаваемого искусственного интеллекта. Например, Европейский парламент обращает внимание на формирование стандартов искусственного интеллекта и необходимость следования им. Потому что эти стандарты должны обеспечивать безопасное использование искусственного интеллекта, насколько это возможно в принципе.

Второй риск — сокращение численности рабочих мест в связи с внедрением технологий искусственного интеллекта. Например, на Всемирном экономическом форуме прозвучала мысль, что в связи с внедрением искусственного интеллекта к 2020 г. количество рабочих мест должно сократиться на 5 млн. Именно в связи с этим риском родилась идея единого базового дохода. Возникает также вопрос социальных гарантий при внедрении искусственного интеллекта, в том числе и проблемы выплаты пенсий. Для минимизации этих рисков Европарламент предлагает контролировать процесс внедрения искусственного интеллекта на рабочих местах посредством установления обязанности предоставлять отчетность о замещении рабочих мест искусственным интеллектом и предоставлять информацию о размере полученных доходов в связи с заменой рабочих.

**Ия Ильинична Осветимская**<sup>9</sup>. Я привыкла говорить о благах цифровизации, цифровой демократии, о том, как она упрощает связь и взаимоотношения между государством, личностью и обществом, но нельзя отрицать, что существует и опасность превращения данной системы отношений в цифровую диктатуру. И такой пример уже есть — Китай. Тотальное наблюдение за своими гражданами, сбор персональных данных в Китае осуществляется в рамках

<sup>8</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

<sup>9</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (филиал в Санкт-Петербурге); доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

системы социального кредита. Китай быстро перешел к использованию цифровых технологий во всех аспектах взаимоотношений граждан с государством, повсеместно установлены камеры с системой распознавания лиц, разработаны мобильные приложения, интегрированные с базами данных, системой пропускных пунктов, все данные обрабатываются в качестве больших данных (big data).

Официальная позиция Китая заключается в том, что цель внедрения этой системы социального кредита — способствовать созданию именно гармоничного социалистического общества, в котором учитывают современные технические достижения, и посредством этой системы у нации воспитывается надежное и честное поведение. Таким образом в обоснование применения этой системы заложен в первую очередь не материальный, а нравственный аспект. Рейтингование охватывает всех, и физических, и юридических лиц, государственные органы, коммерческие и некоммерческие структуры. Как работает эта система? Поведение любого лица фиксируется и оценивается согласно рейтингу, присваиваются баллы за любой поступок, за плохие поступки (например, безбилетный проезд) начисляются штрафы. Профиль социального рейтинга обуславливает дальнейшее существование гражданина в государстве: на какую работу он сможет устроиться, в какую школу сможет отдать ребенка, сможет ли поступить на государственную службу, снять квартиру и т. п. То есть этот рейтинг представляет собой по сути человеческий капитал, который монетизируется и определяет в дальнейшем всю судьбу человека, гражданина, семьи и деятельности компании.

Соответственно, сторонники этой системы в принципе говорят, что в этом нет ничего плохого и что в руках самого человека находится его судьба: не совершай плохих поступков — и у тебя будет высокий рейтинг. Такой подход сравнивают с терминологией Ж. Делёза, который говорил, что идет создание системы, где человек может свободно развиваться, заниматься активной деятельностью в пределах некоего коридора с эластичными стенами. Но противники этой системы называют ее цифровой диктатурой, так как она подрывает информационную безопасность, полностью нарушается личное пространство, а в отдельных районах Китая камеры устанавливаются даже в жилых помещениях для наблюдения за человеком. Эта система — набор компьютерных программ, разрабатываемых человеком, ей не избежать ошибок, манипуляций, взломов, непонятно, как опротестовать результат решений, принятых этой системой. С точки зрения международных стандартов прав человека, такая система попирает права граждан, неприкосновенность частной жизни, затрагивают репутацию, личное достоинство гражданина и может стать карательным инструментом со стороны государства. Такое государство тотальной слежки легко превращается в экспортный товар, вызывает интерес других государств, в которых не слишком принято ценить приватность, этот опыт может перениматься, внедряться в жизнь граждан других стран, что может представлять угрозу правам человека на международном уровне. Причина тотальной слежки и цифровизации, использование инструментов цифровой диктатуры покоится на хрупкости власти, которая построена на том, чтобы бороться с инакомыслием, применять репрессии, в отличие от власти, которая строится на общественном согласии, поэтому такая неуверенная в себе власть прибегает к соответствующим инструментам. Я считаю, что человек должен быть центральным элементом всей системы отношений, которые выстраиваются с государством, и должен существовать тот предел, за который государство не должно выходить.

**Владимир Леонович Вольфсон**<sup>10</sup>. Цифровизация оказывает большое влияние на частное право, и мне бы хотелось остановиться на основных проблемах, которые цифровизация представляет для охраны так называемого личного пространства.

Частное право весьма щепетильно и очень осторожно относится к охране личных прав. Оно развивалось прежде всего как режим охраны имущественных интересов, а не личных. Например, в российском гражданском праве не предусмотрен режим общей дозволительности в охране нематериальных благ. Например, если внимательно читать ст. 150 ГК, то увидим, что нематериальные блага охраняются в соответствии с законом в двух случаях: либо когда это предусмотрено специальным законом, либо в соответствии с общим порядком, установленным ст. 12 ГК. Таким образом, частное право в известной мере оказалось неготовым к цифровизации, которая стала активнейшим образом ставить перед частным правом вопрос о необходимости признания и защиты единого личного права или права на личное пространство. Такая ситуация возникла в эпоху цифровизации по той причине, что интерактивные взаимодействия между субъектами права, которые собственно являются сутью любого гражданского права, потребовали исключительно тонкого отношения ко многим интересам личности, до этого просто не принимавшимся во внимание.

Например, в п. 45 Пленума Верховного Суда РФ № 25<sup>11</sup> от 23 июня 2015 г. дается разъяснение в отношении права гражданина на его изображение и использование этого изображения, в частности на коллективной фотографии. Создает ли факт согласия человека фотографироваться для коллективной фотографии презумпцию согласия гражданина на использование его изображения? Верховный Суд считает, что да, человек, участвующий в такой съемке,

<sup>10</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

<sup>11</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

должен исходить из того, что фотограф имеет намерение выложить это в сеть, и почему-то такое намерение фотографа, по мнению Верховного Суда, имеет приоритет по отношению к праву человека отказаться от этого.

На мой взгляд, современные тенденции развития российского права требуют корректировки курса. Следует по-новому посмотреть на личные права и совокупность норм по их защите в гражданском праве. Думаю, что не стоит в этом вопросе оглядываться на другие страны и правовые традиции и нужно выработать собственную концепцию права на личное пространство.

**Владислав Владимирович Архипов**<sup>12</sup>. Я бы хотел поделиться одной мыслью, которая имеет определенные перспективы, на мой взгляд, а именно хотел бы обратить внимание на ту новую медиареальность, в которой мы с вами живем. Я имею в виду различные социальные медиа и иные ресурсы, в которых мы вольно или невольно участвуем. Прошло много лет с момента, как появились первые масштабные социальные сети (в 2004–2006 гг.), и сами сети претерпели определенное развитие к настоящему времени. Дело в том, что одним из главных отличий социальных медиа тогда и сейчас является то, что изначально при их появлении мы сами фактически формировали информационную повестку дня, которую изучали. Это были «стены» наших друзей, иные обновления, которые мы в общем могли относительно свободно модерировать, но пример сети Facebook показывает, какие явные изменения произошли в этой сфере. Сети изменились за счет того, что повестку дня для нас формируют теперь алгоритмы социальной сети, которые просчитывают наши действия. Получается, что одно из изменений составляет элемент дизайна современных цифровых технологий, что влечет необходимость осмысления права на неприкосновенность частной жизни, а другое изменение состоит в существенном повышении значимости социальных медиа для нашей повседневности.

Что касается права на неприкосновенность частной жизни, то, бесспорно, мы имеем много различных настроек приватности в социальных медиа, которые позволяют нам контролировать, кто видит нашу информацию, кто нет. Хотя в одной из бесед с коллегами неожиданно я услышал мнение, что кому-то некомфортно даже регистрироваться в социальных сетях, потому что в них невозможно обеспечить тот уровень публичности или приватности, несмотря на существующие настройки, которые хотелось бы применить человеку, заботящемуся о неприкосновенности своей частной жизни. Когда ты даже просто регистрируешься в социальной сети, то при полностью закрытом профиле твои данные все равно используются, обрабатываются и анализируются для вторжения в частную жизнь посредством формирования потоков интернет-рекламы. Если соединить этот факт с медиафилософской концепцией, согласно которой тело в нашем внутреннем понимании в цифровом мире представлено посредством различных цифровых интерфейсов, то получается, что, фактически используя платформы, регистрируясь в новом социальном сервисе, мы занимаем определенное положение в цифровом пространстве, которое является публичным, а не частным.

И это, мне кажется, новый модус существования человека как социального существа в рамках цифровой реальности, которую, думаю, нам следует учитывать и которая, несмотря на совершенно общий характер, может иметь далеко идущие последствия. Заводя профиль в тех сервисах, которые ориентированы на коммерциализацию пользовательских данных, мы раскрываемся в публичном пространстве.

Одним из направлений социологии, которое сейчас развивается применительно к осмыслению роли социальных медиа, называется экономика внимания, когда социологи и экономисты осознают, что ограниченным ресурсом, за который происходит борьба на рынке информационных технологий, является внимание пользователей. Поэтому многие из этих технологий построены именно на инструментах привлечения внимания. Отсюда следует другая идея — о том, что внимание в этом смысле — это обобщенный символический посредник, некий ресурс, который может конвертироваться в другие ресурсы социального капитала. Если мы рассмотрим всю эту проблематику, то можем прийти к интересным выводам на уровне междисциплинарных исследований относительно в том числе реальности правовых явлений и достоверности информации.

Таким образом, хочется подчеркнуть значимость экономики внимания, равно как и того, насколько человек становится незащищенным, исходя из объема обрабатываемой информации о нем в интернете. Данная проблема становится не узким вопросом цифрового права, а одним из основных вопросов, связанных с правами человека в современном мире.

**Иванюженко Андрей Борисович**<sup>13</sup>. Цифровая реальность, цифровые общественные отношения становятся некоей очевидной данностью, поэтому все больше мы переходим в отношениях в гиперпространство, появляются соответствующие нормативные акты в этой сфере, на уровне Гражданского кодекса, федеральных законов, указов Президента, иных нормативных актов. Каким же образом должно государство подходить к регуляции этих отношений? Должны ли быть какие-то универсальные принципы, руководствуясь которыми государство должно администрировать эти отношения?

<sup>12</sup> Доктор юридических наук, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

<sup>13</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Первым таким общим принципом должен быть принцип законности. Поскольку Российская Федерация признает международные акты, то должна следовать и заложенным в них принципам, например Хартии по правам человека в интернете, где говорится, что жизнь человека в цифровом пространстве должна быть обеспечена соблюдением общепризнанных прав, закрепленных во Всеобщей декларации прав человека. Хартия глобального информационного общества говорит о том, что необходимо укреплять соответствующую нормативную базу и согласовывать действия между государствами для создания безопасного киберпространства, которое защищает пользователей от преступлений.

Более узкий принцип, соблюдение которого должно быть обеспечено в рамках цифрового пространства, — это принцип процессуального обеспечения цифровых прав процедурами, которые предусмотрены законодательством как в цифровой, так и в традиционной процессуальной форме. Цифровые отношения, на мой взгляд, это аналог общественных отношений в вербальной части коммуникаций, только с добавлением нового проводника, которым является информационная коммуникативная среда. Но универсальных проводников не бывает, поэтому государство должно обеспечивать права человека в цифровом пространстве: как возможностью реализации цифровых прав, так и прав, которые могут возникнуть в нашей документарной обыденности.

Еще одним таким принципом становится признание за лицом тождества прав в киберпространстве и в реальном мире. Не все могут иметь возможность пользоваться цифровыми инструментами. Данный принцип должен обеспечивать признание наличия цифровых прав только при наличии соответствующих технических возможностей. Например, когда произошел сбой в работе мессенджера, часть отношений может стать невозможной. Поэтому государство, учитывая такие аспекты, должно признавать подобные ситуации форс-мажорными, когда реализация прав невозможна по техническим причинам.

Также должен быть учтен принцип гарантий цифровой безопасности и защиты цифрового суверенитета. Полагаю, что государствам имеет смысл задуматься о введении статуса цифрового резидентства, для чего придется заключать международные договоры, в соответствии с которыми будет введен режим цифрового резидента.

Если искусственный интеллект выступает представителем государства, то он выполняет агентскую функцию, и в этом отношении становится важным соблюдение принципа ответственности обладателя цифровой технологии за злоупотребление содержанием цифрового права. Например, достоверен ли калькулятор Пенсионного фонда? Правообладатель цифровой технологии обладает большей информацией по сравнению с пользователем. И здесь должны применяться принципы защиты лица, имеющего доступ к меньшей информации по сравнению с лицом, владеющим технологией.

Общим принципом также должен стать принцип признания и реализации цифровых прав, технологий, которые подтверждены общепризнанными сведениями об объективной реальности. Если мы пользуемся информационными технологиями, то в основе этих технологий, баз данных должны быть исключительно общепризнанные сведения об объективной реальности.

**Георгий Викторович Цепов**<sup>14</sup>. В настоящее время мы находимся в эре информатизации и телекоммуникаций, и по большому счету человечество вступило в новую эпоху своего развития, столкнувшись с новыми проблемами, которые напрямую затрагивают и юридическую сферу. К настоящему времени произошли очень серьезные изменения в технологиях, которые позволили аккумулировать огромное количество информации и обрабатывать ее и осуществлять при этом практически мгновенную передачу данных. Неизбежным следствием является то, что человек утрачивает возможность в значительной степени без помощи электронно-вычислительной техники принимать разумные решения, то есть делать экономический выбор, при том, что идея свободы воли и рационального поведения составляет фундамент современной юриспруденции. Как писал С. Н. Братусь, всякое подлинное волевое решение есть избирательный акт, включающий в себя сознательный выбор и решение. На концепции свободного выбора основывается и идея привлечения к ответственности, в том числе и гражданско-правовой, которая наступает в результате правонарушения. Состав правонарушения включает и субъективную сторону — вину, за отдельными исключениями ответственности в области предпринимательской деятельности, но основной принцип заключается в установлении ответственности за виновные действия.

Возникает вопрос: как же быть в новых обстоятельствах? Насколько принцип вины позволяет достигать целей правосудия с учетом того, что в условиях увеличивающейся сложности разумный выбор человеку сделать все сложнее и сложнее. Здесь также следует вспомнить об идее ограниченной рациональности Герберта Саймона, которая стала фундаментом для развития новой рациональной экономической теории. Как оценить разумность выбора и способен ли суд оценить, насколько разумно действовало лицо в той или иной ситуации? Особое значение это имеет для регулирования деятельности руководителей коммерческих организаций, хозяйственных обществ, которые вынуждены принимать деловые решения, в случае непринятия которых они также могут быть привлечены к ответственности за бездействие. Может ли человек в принципе без специальных инструментов принимать решения

<sup>14</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Научно-исследовательского университета «Высшая школа экономики».

в условиях сложности, оценивать деятельность соответствующих искусственных помощников? И если может и должен, то как эта ответственность должна делиться между всеми участниками процесса: производителями оборудования, программного обеспечения, теми, кто обучал нейросети, поставщиком данных, оператором данных. Можно поставить и более широкий вопрос: возможно ли вообще использование иных способов помимо традиционных способов регулирования правовых отношений, таких как нормирование, то есть использование норм права, которые создают достаточно четкое правило поведения и высокую степень определенности? При этом очевидно, что невозможно создать правила на все случаи жизни.

Другой возможный подход — регулирование посредством стандартов, которые создают высокую степень неопределенности — обязывают действовать добросовестно, в интересах организации. При применении этого способа возникает большая дискреция суда. Эта проблема была поставлена американскими юристами Кейзи и Ниблеттом<sup>15</sup>, которые обосновывали необходимость применения нового способа регулирования — микродиректив, которые не являются обязательными, но небольшой риск и ответственность в случае их невыполнения возлагается на нарушителя.

Мы можем обратиться еще к более сложной проблеме, заключающейся в том, что суд может в условиях сложности оказаться неспособным определить, действовал ли руководитель добросовестно и разумно. Какой же тогда выход? Мы можем вспомнить, что действующее законодательство допускает возможность передачи полномочий единоличного исполнительного органа другому хозяйственному обществу — управляющей организации на основании гражданско-правового договора. Управляющая организация обладает возможностями, недоступными единоличному руководителю. Таким способом можно увеличить основания и размер ответственности, возложив на управляющую организацию ответственность за предпринимательские риски, что, собственно, предусмотрено законами об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью. Управляющая организация также может взять на себя расширенную ответственность, то есть обязанность возмещать обществу имущественные потери и когда нарушения управленческих функций с ее стороны нет. Безграничны ли возможности переложения экономических рисков на управляющую организацию? Здесь можно сделать вывод, что основание и объем договорной ответственности управляющей организации не могут быть безграничными и ограничиваются целями управления, так как иной подход нивелирует предпринимательский характер деятельности управляемого общества.

<sup>15</sup> Casey A. J., Niblett A. The Death of Rules and Standards. *Indiana Law Journal*, 2017. Vol. 92. No. 4. P. 1401–1447.

# ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2022. № 1 (11)

Директор  
издательско-полиграфического центра  
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор  
И. К. ШМАРКО

Корректор  
И. Е. ВИЛЬМАН

Верстка  
А. Л. СЕРГЕЕНОК

## УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте Российской Федерации

## ИЗДАТЕЛЬ

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

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

*Журнал распространяется бесплатно.*

*Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.*

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

## АДРЕС РЕДАКЦИИ:

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

Подписано к публикации 31.03.2022.  
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.  
Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>  
Объем данных 4,5 Мб.  
Тираж (количество носителей) 60 шт.

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