



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Дайвер Л., Макбрайд П.

**Цифровые технологии и правовая
аргументация: влияние статистических
юридических технологий на право**

Попондопуло В. Ф.

**Личные неимущественные отношения
в системе дуализма регулирования**

Дидикин А. Б., Тринитка Д. Г.

**Этические и правовые дилеммы
эпохи глобальной пандемии**

Модебадзе М. И.

**Суд присяжных за пределами
уголовной юстиции: мировой опыт**

2022 № **3(13)**

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

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

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

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

ПОПОНДОПУЛО Владимир Федорович, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

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

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

Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III, 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 От главного редактора
КОНСТРУКТИВИСТСКИЙ ДИСКУРС И ОНТОЛОГИЯ ПРАВОВОГО ПОРЯДКА

СТАТЬИ

- 8 **ЛОУРЕНС ДАЙВЕР, ПОЛИН МАКБРАЙД**
ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ И ПРАВОВАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ:
ВЛИЯНИЕ СТАТИСТИЧЕСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕХНОЛОГИЙ НА ПРАВО
(ПЕРЕВОД С АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА Н. В. РАЗУВАЕВ, И. К. ШМАРКО)
- 23 **ПОПОНДОПУЛО В. Ф.**
ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В СИСТЕМЕ ДУАЛИЗМА РЕГУЛИРОВАНИЯ
- 31 **ДИДИКИН А. Б., ТРИНИТКА Д. Г.**
ЭТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ДИЛЕММЫ ЭПОХИ ГЛОБАЛЬНОЙ ПАНДЕМИИ
- 38 **МОДЕБАДЗЕ М. И.**
СУД ПРИСЯЖНЫХ ЗА ПРЕДЕЛАМИ УГОЛОВНОЙ ЮСТИЦИИ: МИРОВОЙ ОПЫТ
- 47 **БЕРЁЗА З. М.**
ПРОБЛЕМЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТОВ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ЗАЩИТЫ
ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В ОТНОШЕНИИ ЖЕРТВ ДОМАШНЕГО НАСИЛИЯ
(ПЕРЕВОД С АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА РАЗУВАЕВ Н. В., ШМАРКО И. К.)
- 53 **СУШИЛЬНИКОВ И. С.**
ПРАВОВОЕ ПОНИМАНИЕ ПАРТНЕРСТВА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ
И ОРГАНОВ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ В РОССИИ
- 61 **МАСЛОВ В. В.**
ФИКТИВНЫЕ (ПОДРАЗУМЕВАЕМЫЕ) АДМИНИСТРАТИВНЫЕ АКТЫ:
ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИМЕНЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

ЭССЕ

- 71 **БАЙБЕКОВ Р. Р.**
ВЛИЯНИЕ АВТОНОМНОСТИ СПОРТА НА ТРУДОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ОБЗОРЫ

- 78 **РАЗУВАЕВ Н. В., ШМАРКО И. К.**
ПРАВОВЫЕ РЕФОРМЫ: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ И БУДУЩЕЕ
ОБЗОР СЕКЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ИНСТИТУТА УПРАВЛЕНИЯ
РАНХИГС, СОСТОЯВШЕЙСЯ В РАМКАХ VI МЕЖДУНАРОДНОГО НЕВСКОГО ФОРУМА
(САНКТ-ПЕТЕРБУРГ, 25 ИЮНЯ 2022 Г.)

Конструктивистский дискурс и онтология правового порядка

Всякий раз, предваряя вступительным словом очередной номер предлагаемого вниманию читателей журнала, невольно приходится задумываться над значением тех проблем, которые находятся в центре внимания авторов публикаций, проецируя сформулированные в них выводы на общий вектор развития как российской, так и мировой юридической науки. Приходится констатировать, что эти размышления приобретают глубоко неоднозначный характер в свете наблюдаемой в последнее время неравновесности динамики правовых и социальных порядков, которую с известными на то основаниями можно назвать турбулентностью.

В какой-то мере использованное понятие покажется более или менее удачной метафорой, лишь поверхностно отражающей суть тех процессов, о которых идет речь. Более того, ревнители терминологической строгости и ясности едва ли вообще сочтут возможным описывать правовые явления посредством естественно-научных понятий, учитывая качественное своеобразие социального и природного бытия, обуславливающее нередуцируемость одного из другого даже на самом высоком уровне умозрительного абстрагирования от конкретного эмпирического материала¹. Представляется, что нередуцируемость, о которой идет речь, выступает важнейшим препятствием на пути создания единого понятийного аппарата, который в равной мере могли бы использовать представители различных наук, подобно тому, как большинство ученых, работающих в самых разных областях знания, используют математический аппарат, вовсе не пытаясь приспособить его к специфике предметов своих наук.

Впрочем, теперь даже «непостижимая эффективность» математики при описании самых разнообразных естественно-научных явлений, основанных на закономерных причинно-следственных связях и периодической повторяемости², всё активнее ставится под сомнение теоретиками постмодерна, видящими в математике социокультурный конструкт, детерминированный эпистемологическими установками, коренящимися в сфере гуманитарного знания³. Математика в таком случае из совершенного инструмента отыскания истины, являющегося образцом для всех прочих научных дисциплин, превращается в одну из множества языковых игр, чьи правила меняются с течением времени и с изменением всевозможных конвенций, в контексте которых эти игры обретают свой смысл.

Со всей последовательностью подобную мысль сформулировал Л. Витгенштейн в своих «Замечаниях по основаниям математики». Так, обсуждая закон исключенного третьего, являющийся одним из аксиоматических оснований не только для математики⁴, но и в целом для логического мышления современного человека, философ категорически утверждал: «Предполагается, будто в законе исключенного третьего уже присутствует нечто достаточно прочное, не подлежащее сомнению. Между тем в действительности эта тавтология имеет столь же шаткий смысл (если позволительно так сказать), как и вопрос о том, имеет ли место p или $\sim p$ »⁵.

В своем предельном выражении данный подход приводит к попыткам усмотреть в любых видах научного знания (включая математику, юриспруденцию и пр.) идеологические средства, используемые субъектами политического или иного господства в целях отчуждения результатов познавательной деятельности, которые в итоге становятся инструментами дисциплинарной власти в обществе⁶. Естественно, при подобной постановке вопроса проблема истинности научного познания приобретает смысл лишь в контексте общественной практики, делающей подвижной и исторически изменчивой границу между истинным и ложным.

Важнейшим философским выводом из рассмотренной установки, достигшей максимально последовательной реализации в век постмодерна, стало утверждение о радикальной сконструированности как действительности в целом, так и конкретных ее феноменов, представляющих собой результаты производительной практики социального субъекта, ставшего единственной реальностью, заслуживающей внимания. Убеждение в том, что реальность во всех ее аспектах, включая и правовую реальность, должна рассматриваться в качестве самопорождающей (рекурсивной) структуры, лишенной преднаходимой заранее связи с объективным бытием, роднит между собой такие влиятельные направления современной мысли, как постструктурализм, неотрейдизм, постпозитивизм, неомарксизм и т. п. В итоге сложился своеобразный консенсус, в том числе в постклассической науке о праве⁷, в соответствии

¹ См.: Шапиро И. Бегство от реальности в гуманитарных науках. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2011.

² См. об этом: Вигнер Е. Непостижимая эффективность математики. Успехи физических наук, 1968. Т. 94. Вып. 3. С. 535–546; Клайн М. Математика. Поиск истины. М.: Мир, 1988. С. 237–255.

³ См., например: Фейерабенд П. Против метода: очерк анархистской теории познания. М.: АСТ; АСТ Москва; Хранитель, 2007. С. 279–280.

⁴ См., в частности: Феликс Л. Элементарная математика в современном изложении. М.: Физматлит, 1967. С. 21; Энгелер Э. Метаматематика элементарной математики. М.: Мир, 1987.

⁵ Витгенштейн Л. Замечания по основаниям математики // Л. Витгенштейн. Философские работы. Ч. II. Кн. 1. М.: Гнозис, 1994. С. 147.

⁶ См.: Лукач Д. К онтологии общественного бытия. Прологомены. М.: Прогресс, 1991. С. 47–48.

⁷ См. подробнее: Честнов И. Л. Постклассическая рациональность права в эпоху постсовременности. Lex russica (Русский закон), 2022. Т. 75. № 7. С. 78 и след.

с которым реальностью является все то, что воспринимает в качестве таковой познающий и действующий субъект, чья творческая активность конструирует структуры реальности, выступая их онтологическим фундаментом.

Следовательно, именно юридическая наука, под которой мы понимаем любые виды познавательной деятельности — от максимально широких философско-правовых обобщений до конкретных прикладных исследований, направленных на решение сугубо частных вопросов и внедрение результатов познания в правотворческую, правоприменительную и судебную практику, определяет бытие правовой реальности, выступая смысловым ядром этой последней. Кроме того, в условиях постиндустриальной цивилизации, когда появление новых, ранее не существовавших предметов регулирования и объектов прав (например, цифрового имущества и прав на него) потребовало от юриста в его повседневной, «рутинной» работе максимального напряжения интеллектуальных усилий, сама эта практическая деятельность становится разновидностью научного познания, неотделимого от интеллектуального творчества в более широком значении данного слова. Именно процессы познания, реализуемые в своей универсальности на любых уровнях правовой реальности, конструируют правопорядок, обеспечивая неразрывное единство онтологии и эпистемологии юридических феноменов.

Таким образом, мы можем с большой долей уверенности утверждать, что познание выступает важным элементом процесса самоконституирования структур правовой реальности, в онтологическом плане невозможных без участия познающего субъекта, чьи интерпретативные усилия обеспечивают бытие объекта восприятия. Не менее важное значение в плане конструирования правовой реальности имеет и юридическое образование, которое не только формирует у юристов навыки, необходимые для осуществления познавательной деятельности, но и способствует передаче накопленного опыта от поколения к поколению, обеспечивая тем самым оптимальное сочетание инновационности и преемственности в исторической динамике правопорядка.

Применяя сформулированные выше общие соображения об онтологии правопорядков, можно утверждать, что эти последние творятся в ходе познавательных усилий индивидуальных и социального субъектов. Причем, как и всякое познание, в том числе и такое, результаты которого, на первый взгляд, кажутся предельно абстрагированными от эмпирической основы реальности, правовое познание действительно является исторически и социально детерминированным. На него колоссальное воздействие оказывают метафизические предпосылки познания и разнообразие внешние факторы, включая интересы взаимодействующих общественно-политических групп, а также их потребности в идеологическом обосновании отношений господства и подчинения, складывающиеся на том или ином этапе развития человечества⁸. Вот почему история познания может показаться поверхностному, неопытному либо пристрастному наблюдателю историей заблуждений, влияющих на устойчивость и долговечность порожденных конструкций, которые нередко достаточно быстро утрачивают свою способность влиять на сознание и поведение индивидов.

В самом деле, способность права конструировать правопорядок, регулировать складывающиеся в нем отношения и поведение участников отношений кажется абсолютно непостижимой, подобно тому как непостижимой представляется способность математики адекватно описывать процессы и явления природы. Между тем такая «непостижимость» имеет вполне закономерные объяснения, коренящиеся в самой природе человеческого познания, одним из аспектов которого выступает практическая деятельность⁹. Если бы право, как полагали и продолжают полагать некоторые теоретики, представляло собой всего-навсего разновидность идеологии (хотя оно, безусловно, таковою является в одной из своих многочисленных ипостасей)¹⁰, то смена идеологических систем с изменением социально-экономического базиса должна, по идее, приводить к полному крушению соответствующих правовых порядков, чего на самом деле не происходит.

Даже изжив себя в качестве актуального в историческом плане явления, право продолжает различными способами (от прямой рецепции до возрождения в тождественных условиях тех или иных правовых элементов прошлого) участвовать в конструировании правопорядков на последующих стадиях эволюционного развития. Эта или прямая, или исторически опосредованная зависимость, назовем ее *правовую традицией*, создает условия для преемственности правопорядков в исторической ретроспективе¹¹. Точно так же опирающееся на правопорядки прошлого современное право обеспечивает когерентность правовой реальности в синхронном измерении, заимствуя

⁸ См., например: *Грамши А.* Тюремные тетради. Избранные произведения. В 3 т. Т. 3. М.: Изд-во иностр. литературы, 1959. С. 142.

⁹ Перспективной в плане объяснения указанного феномена представляется мысль Б. Рассела, утверждавшего, что все науки располагают своего рода «минимальными словарями» (minimum vocabularies), неизменно репрезентируемыми познавательным дискурсом при всех, даже самых кардинальных, изменениях тех картин мира, которые формируются знаковыми средствами соответствующих наук. См.: *Russel B.* Human Knowledge: Its Scope and Limits. London: George Allen & Unwin Ltd, 1951. P. 259–267.

¹⁰ См., например: *Рейснер М. А.* Право. Наше право. Чужое право. Общее право. М.; Л.: Госиздат, 1925. С. 244; *Спирidonов Л. И.* Социальное развитие и право. Л.: Изд-во ЛГУ, 1973; *Пашуканис Е. Б.* Общая теория права и марксизм // Е. Б. Пашуканис. Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Наука, 1980. С. 79–80.

¹¹ Заслуживает также особого внимания связь между правовой традицией и правовыми стилями, определяющими, по мнению ряда компаративистов, характер правовых систем современности (см.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 108–109). Можно было бы на широком массиве историко-юридических фактов обосновать мысль о том, что всякой традиции присущи свои стилевые проявления, в которых укоренены не только те стилистические различия, которые выявляются применительно к синхронно сосуществующим правовым системам и их семьям, но и знаменательное сходство стилей этих последних в целом ряде аспектов.

из прошлого «строительный материал» для конструирования новых сегментов правовой реальности, восполняющих пробелы, неизменно возникающие в ходе ее эволюции.

Наглядной и самой яркой иллюстрацией сказанному служит римское частное право, которое в своих важнейших стадияльно-типологических проявлениях, к числу которых принадлежали ассоциативно-образная связь юридических категорий, лежавших в основе правопорядка, а также относительная неразвитость его нормативного компонента и, как следствие, преимущественно индивидуальный характер регулирования, являло собой диаметрально противоположность правовым системам современного мира. Неслучайно столь проникательный исследователь, как О. Шпенглер, характеризуя историческую специфику римского частного права, отмечал, что оно «от начала и до конца — право повседневности и даже мгновения. По своей идее оно создается в каждом отдельном случае и на данный случай, с завершением последнего перестает быть правом»¹².

Однако эфемерность конструкций, из которых складывалось пространство правопорядка Древнего Рима, не послужила непреодолимой преградой для обращения в последующие эпохи к опыту римского частного права, оказавшегося удивительно востребованным в новых условиях, для регулирования отношений, аналогов которым в римском правопорядке не существовало¹³. Так, в юридической литературе и в законодательствах ряда стран приобретает все большее значение категория бестелесных вещей (*res incorporales*), в римском праве имевшая вполне конкретную привязку к идеям стоической философии¹⁴, а в наши дни используемая, безотносительно к стоицизму, для обозначения объектов, не имеющих с точки зрения физической науки вещественного субстрата¹⁵.

Примечательной аналогией может служить античная математика, не утратившая своей познавательной ценности, невзирая на то, что тип мышления, сотворивший и наполнивший смыслом геометрию Евклида, Архимеда и Диофанта, безвозвратно канул в прошлое в процессе эволюции. Тем не менее элементарную математику, созданную величайшими умами древности, не только изучают на школьной скамье, но и терминология, используемая высшей математикой, продолжает отсылать к этой наивной и устаревшей математической модели пространственных структур, в чем легко убедиться на примере архимедова поля, являющегося частной разновидностью евклидова кольца. Иными словами, евклидова метрика и задаваемые ею математические структуры образуют тот фундамент, к которому при необходимости могут быть редуцированы более абстрактные области неевклидовой числовой вселенной.

В чем же кроется причина такой удивительной стабильности тех конструкций, которые, будучи созданы еще в Античности, вышли далеко за ее культурно-исторические пределы? Представляется, что ответ на поставленный вопрос дает античная наука, впервые обратившаяся к всестороннему познанию окружающей действительности, руководствуясь не только прикладными потребностями, что было характерно, например, для практической мудрости на Древнем Востоке, но и стремлением к знанию как самоцели, знанию ради него самого¹⁶. Именно повинувшись магическому воздействию удивления, в котором еще Аристотель видел первопричину и источник всякого познания, Евклид и другие античные математики пытались дать исчерпывающее аксиоматическое описание математических объектов, тем самым конструируя реальность, ставшую отправной точкой для последующей эволюции. Точно так же римские юристы, описывая в своих трудах фактический состав правопорядка, придавали мощный импульс для его дальнейшего эволюционного развития.

Тем самым познание, будучи множеством самых разных нитей связано с реальностью и отвечая на ее запросы, эту реальность творит. В самом деле, исследуя тот или иной объект в акте эмпирического восприятия или теоретического осмысления, участники познавательной деятельности не только конструируют данный объект в его существенных свойствах, сообщая ему бытие (то есть субъективную или интерсубъективную реальность), но также и придают толчок к трансформации, видоизменению предмета познания, что, в свою очередь, делает необходимым дальнейшее более глубокое изучение. Собственно, эта взаимообусловленность познания и реальности характерна не только для отдельных сфер общественного бытия, подобных правопорядку, но может считаться универсальным законом, определяющим существование любых живых существ на Земле.

Сформулировавший этот закон американский психолог Дж. Келли особо подчеркивал «творческую способность живого создания репрезентировать окружающую среду, а не просто реагировать на нее. Так как живой организм способен репрезентировать свое окружение, он может подставлять на его место альтернативные конструкции и фактически что-то делать со своим окружением, если оно ему не подходит. Тогда мир для живого существа реален, но отнюдь не непоколебим, если только оно не решает истолковать его таким образом»¹⁷. Сочетание свойств скон-

¹² Шпенглер О. Закат Европы: очерки морфологии мировой истории. М.: Мысль, 1998. С. 63.

¹³ См. об этом: Савинья Ф. К. фон. Система современного римского права. В 8 т. Т. 1. М.: Статут, 2011. С. 274.

¹⁴ См.: Фрагменты ранних стоиков / пер. и комм. А. А. Столярова. М.: Греко-латинский кабинет Ю. А. Шичалина, 2002. Т. II. Хрисипп из Сол. Ч. 2. С. 85.

¹⁵ См.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М.: Статут, 1998; Криеф-Семитко Е. П. Введение в правовую теорию ценностей во французском гражданском праве // Вестник Гуманитарного университета, 2016. № 2 (13). С. 71; Гражданское и торговое право зарубежных стран. В 2 т. / отв. ред. А. С. Комаров, А. А. Костин, О. Н. Зименкова, Е. В. Вершинина. Т. 1: Общая часть. М.: Статут, 2019. С. 326.

¹⁶ См.: Шестов Л. И. Memento mori (по поводу теории познания Эдмунда Гуссерля). Сочинения. В 2 т. М.: Наука, 1993. Т. 1. С. 187 и след.

¹⁷ Келли Дж. А. Теория личности. Психология личных конструктов. СПб.: Речь, 2000. С. 6–7.

струированности правовой реальности и ее непосредственной данности для воспринимающих и взаимодействующих с ней субъектов позволяет реабилитировать критерии истинности и объективности существования юридических феноменов в рамках конструктивистской картины действительности¹⁸.

Большой ошибкой было бы полагать, что создаваемый на основе коммуникативных (дискурсивных) взаимодействий субъектов правопорядок есть не что иное, как легитимированный произвол, значимый лишь в известном социально-историческом или культурном контексте. Смысловая релевантность феноменов правовой реальности не определяется одним лишь общим социокультурным контекстом, но имеет собственный онтологический статус. Конструктивистские свойства права, равно как и способности правовых феноменов воздействовать на поведение участников юридической коммуникации, свидетельствуют об общезначимости юридических конструктов, принимаемых за «объективную» данность в интересах стабильности правопорядка.

Право, как в статическом, так и в динамическом своих измерениях, подчиняется известным закономерностям, определяющим структурную организацию и эволюцию правовой реальности, которая, будучи сконструирована в ходе общественной практики, обладает бытием, относительно автономным от иных, внеюридических видов социальной коммуникации (например, от политико-идеологической, экономической, моральной, религиозной и прочих видов человеческой деятельности). Относительная автономия правовых релевантностей, исходно обладающих самостоятельным смыслом, позволяет субъектам осуществлять юридическую деятельность не только, а зачастую даже не столько потому, что она в качестве таковой навязана им внешними силами, например агентами политического господства или обладателями экономической монополии на основные средства производства, но потому, что такая деятельность исходно признается в качестве таковой субъектами юридической коммуникации.

Следовательно, право как таковое само по себе обладает побудительной силой, отличной от побудительности, присущей религиозным заповедям, моральным императивам и тем более чистому произволу. В его самостоятельной релевантности, признаваемой коммуницирующими индивидами и воздействующей на их поведение, заключаются онтологические основания объективности и истинности феноменов правовой реальности. Как справедливо подчеркивал А. В. Поляков: «Право имеет собственную структуру, в которой выражается его эйдетический смысл. В этом своем аспекте право, как и любая идеальная сущность, вневременно и внепространственно»¹⁹. На обнаружение эйдетической сущности правовых явлений нацелено познание, прежде всего познание научное, являющееся, таким образом, важнейшим звеном всего механизма конструирования правовой реальности.

Безусловно, процессы конструирования не сводятся к одной только познавательной активности. Ранее мы уже имели возможность обратить внимание читателей на то значение, которое присуще в плане конструирования правопорядков практической деятельности юристов²⁰. Но, как свидетельствует опыт прошлого, любой вид практики, осуществляемой спонтанно, без видимой цели и перспективы, хотя и является неизбежной отправной точкой в развитии любого правопорядка, не способен создать жизнеспособные феномены. Следовательно, правовая практика для того, чтобы иметь эффективные результаты, должна быть связана с научным познанием, опосредствующим как бытие, так и эволюцию правопорядков.

Обнаруживая те проблемы, которые присущи правопорядку на известном этапе развития, научное познание не только конструирует феномены реальности из эмпирических данностей, непосредственно явленных субъектам в актах интенционального восприятия, но и предвосхищает появление новых конструктов, фактического материала для создания которых может не иметься в наличной действительности. Это предвосхищающее конструирование, необходимым инструментом которого является так называемое опережающее обучение²¹, позволяет науке стать не только мощной организующей силой, но и фактором целенаправленного развития правового порядка.

*Разуваев Николай Викторович,
главный редактор*

¹⁸ О соотношении свойств данности и сконструированности правовых явлений см.: *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. М.: Прогресс, 1974.

¹⁹ *Поляков А. В.* Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб.: Издат. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. С. 279.

²⁰ См.: *Разуваев Н. В.* Роль юридической деятельности в конструировании правовой реальности // Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2022. № 2 (12). С. 4–7.

²¹ См. подробнее об этом: *Павлова В. А.* Формирование навыков самоорганизации и самообразования студентов технических вузов. Человек и образование, 2011. № 4 (29). С. 116.

Цифровые технологии и правовая аргументация: влияние статистических юридических технологий на право¹

Лоуренс Дайвер, Брюссельский свободный университет (Брюссель, Бельгия)
доктор философии, научный сотрудник в области права; соучредитель Журнала междисциплинарных исследований в области вычислительного права (CRCL); e-mail: laurence@laurencediver.net.

Полин Макбрайд, Брюссельский свободный университет (Брюссель, Бельгия)
научный сотрудник в области права; шотландский адвокат.

Аннотация

Внедрение «юридических технологий», использующих статистические инструменты, поднимает вопросы о будущем права и юридической практики. Если раньше технологии всегда опосредовали концепцию, практику и структуру права, то сейчас происходит качественный и количественный сдвиг: статистические юридические технологии непосредственно интегрируются в юридическую практику, особенно в судебную. Цифровые приложения, в частности для поиска и создания документов, влияют на то, как практикующие юристы взаимодействуют с правовой системой. Воздействуя на процессы создания права, технологии в конечном итоге формируют само право. Также технологии влияют на творческие элементы судебной практики. Например, за счет автоматизации они обуславливают способ реализации юристами профессиональных и этических обязанностей в рамках дела своего клиента. Все это приводит к тому, что в юридическую практику приложения с использованием технологии машинного обучения должны вводиться с большой осторожностью, если мы хотим избежать тонкого, непреднамеренного, но в конечном итоге фундаментального подрыва действия принципа верховенства права. В статье авторы приходят к выводу, что полагаться на бдительность отдельных юристов недостаточно для защиты от потенциально вредных последствий использования таких систем, учитывая непостижимость алгоритма принятия ими решений, и предполагаем, что ответственность за демонстрацию легитимности своих систем в соответствии со стандартами и принципами права лежит на создателях и поставщиках юридических технологий.

Ключевые слова: юридические статистические технологии; машинное обучение; цифровизация правосудия.

Argument by Numbers: the Normative Impact of Statistical Legal Tech²

Laurence Diver, Vrije Universiteit Brussel (Brussels, Belgium)
Doctor of Science (Philosophy), postdoctoral researcher in law; co-founder of the Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law (CRCL); e-mail: laurence@laurencediver.net.

Pauline McBride, Vrije Universiteit Brussel (Brussels, Belgium)
postdoctoral researcher in law; a Scottish solicitor.

Abstract

The introduction of statistical “legal tech” raises questions about the future of law and legal practice. While technologies have always mediated the concept, practice, and texture of law, a qualitative and quantitative shift is taking place: statistical legal tech is being integrated into mainstream legal practice, and particularly that of litigators. These applications — particularly in search and document generation — mediate how practicing lawyers interact with the legal system. By shaping how law is “done”, the applications ultimately come to shape what law is. Where such applications impact on the creative elements of the litigator’s practice, for example via automation bias, they affect their professional and ethical duty to respond appropriately to the unique circumstances of their client’s case — a duty that is central to the Rule of Law. The statistical mediation of legal resources by machine learning applications must therefore be introduced with great care, if we are to avoid the subtle, inadvertent, but ultimately fundamental undermining of the Rule of Law. In this contribution we describe the normative effects of legal tech application design,

¹ Перевод и публикация данной статьи выполнены на основе лицензии CC BY Attribution-NonCommercial 4.0 International, на условиях которой данная статья была опубликована на английском языке на сайте <https://osf.io/preprints/socarxiv/ts259/>. Статья также была принята к публикации в журнале *Communitas* (2022).

² The translation and publication of this article is based on the CC BY Attribution-NonCommercial 4.0 International license, under which this article was published in English at <https://osf.io/preprints/socarxiv/ts259/>. The article is accepted for publication in *Communitas* (2022).

how they are (in)compatible with law and the Rule of Law as normative orders, particularly with respect to legal texts which we frame as the proper source of “lossless law”, uncompressed by statistical framing. We conclude that reliance on the vigilance of individual lawyers is insufficient to guard against the potentially harmful effects of such systems, given their inscrutability, and suggest that the onus is on the providers of legal technologies to demonstrate the legitimacy of their systems according to the standards inherent in the legal system.

Key words: legal statistical technologies, machine learning, digitalization of justice.

Введение

Внедрение в юридическую практику новых технологий, основанных на статистическом прогнозировании, ставит вопросы о природе нормативности. Несмотря на то, что раньше технологии опосредовали теорию, практику и законодательные положения, сейчас происходит качественный и количественный поворот по мере того, как базирующиеся на данных «юридические технологии» внедряются в основную юридическую практику, особенно в практику судебных разбирательств. Использование цифровых приложений в силу их доступности стало неотъемлемой частью взаимодействия практикующих юристов с правовой системой. Задавая алгоритм «создания» права, архитектура выбора задействованных приложений трансформирует понятие и сущность права. Это подразумевает способность юридических технологий влиять на нормативную структуру закона и уравновешивать множество политических целей, одновременно ограничивая произвольное осуществление политической власти. Несмотря на то, что юридические технологии в некоторых случаях будут способствовать более эффективной и результативной юридической практике³, возникает ощущение, что, по крайней мере, в некоторых случаях, они представляют собой точную инъекцию своего рода политической рациональности непосредственно в сердце юридического процесса⁴. Это важно, потому что именно законность и верховенство закона должны лежать в основе такого технологизированного выражения политической морали, а не конституироваться ими.

Предложение Европейской комиссии о вопросах, которые требуют регулирования Законом об искусственном интеллекте (ИИ), свидетельствует о важности данной проблемы. В нынешней редакции Закон относит к системам «высокого риска» те системы, которые «предназначены для оказания помощи судебным органам в исследовании и толковании фактов и закона, а также в применении закона к конкретному набору фактов»; такие системы классифицируются как вовлеченные в «отправление правосудия и демократические процессы»⁵. Необходимо понимать, что эти риски также нужно учитывать применительно к другим системам (не только судебным). Учитывая долгожданное признание в Законе об ИИ нового вызова, который вычислительные системы создают для отправления правосудия и демократии, его сфера действия должна применяться более широко, чтобы охватить использование ИИ сторонами, чья профессиональная роль в отправлении правосудия обязывает их сохранять приверженность принципам законности и верховенства права. Самым важным элементом в деятельности любого юриста является «устремленность к правосудию», этическая и профессиональная приверженность господствующему идеалу права, которая должна мотивировать его в повседневной юридической деятельности, даже и особенно там, где это крайне затруднительно, учитывая существующую реальность.

Это обязательство может быть искажено, когда программное приложение выступает посредником между юристом и правовой системой, и технология такого приложения отражает не стремление к справедливости, а какие-то иные цели⁶. Роль юриста состоит в том, чтобы выступать в качестве представителя интересов клиента, сохраняя при этом верность правосудию в качестве «служителя Фемиды»⁷. Для реализации этой роли юрист наделяется правовыми инструментами, которые он использует в ходе своей практики. В зависимости от того, как разработаны эти инструменты, юрист может потерять свою квалификацию и репутацию, если он участвует в процессе просто как «пользователь» юридической технологии, содержание которой отражает инструментализованное понятие права. Способность рассуждать и анализировать, которая является неотъемлемым и творческим элементом юридической практики, потенциально вытесняется или даже устраняется, что, в свою очередь, приводит к отступлению от принципов, на которых основывается фундаментальное понятие справедливости.

Например, юрист может использовать юридическую технологию, которая позволяет подготовить проекты документов, обобщить или структурировать судебные документы, ходатайства или правовую позицию. Даже если такие

³ Мало кто будет серьезно утверждать, например, что мы должны вернуться к использованию пишущих машинок вместо текстовых процессоров, например отказаться от электронной почты.

⁴ См. дискуссию Рувруа и Стигглера об «алгоритмической управляемости». См. *A. Rouvroy и B. Stiegler*, *The Digital Regime of Truth: From the Algorithmic Governmentality to a New Rule of Law*. *La Deleuziana: Online Journal of Philosophy*. 2016. No. 3. P. 6.

⁵ Предложение к закону об искусственном интеллекте (COM (2021) 206 final), Annex III, Article 8.

⁶ См. *Kerr I.* *Prediction, Pre-Emption, Presumption: The Path of Law After the Computational Turn*. In M. Hildebrandt and K. De Vries (eds.), *Privacy and Due Process After The Computational Turn: The Philosophy of Law Meets The Philosophy of Technology*. London: Routledge, 2013.

⁷ *Ibid.* P. 13. См. также *A. Paterson*, *Duties to the Court, Law, Practice & Conduct for Solicitors* (2nd edn., W. Green/Thomson Reuters, 2014).

технологические процессы не предполагают окончательного создания финальной версии подаваемых в суд документов, они могут предусматривать алгоритмы, расставляющие акценты, выдающие рекомендации и информацию по формированию правовой стратегии юриста-пользователя. Почему использование таких алгоритмов может вызывать беспокойство, даже если это позволяет подготовить процессуальные документы, которые лучше отражают соответствующий закон или содержат более релевантные отсылки? На этот вопрос есть два ответа. Первый: как мы оцениваем, являются ли результаты использования технологии «лучшими» по сравнению с результатом, полученным без ее использования? Ответ на этот вопрос пока оставим в стороне. Второй — касается роли юристов, характера правовой аргументации и функции самого права.

В настоящей статье мы рассматриваем ситуацию, когда творческая задача юридического обоснования опосредована юридическими технологиями. Мы обращаем внимание на рефлексивный характер применяемых в юридической практике технологий и то, как они сами могут формировать практику, частью которой являются. Это заставляет нас обратить внимание на роль юриста как, по существу, творческого главнокомандующего технических и нормативных ресурсов. По словам Гаакира (Gaakeer), роль юриста состоит в том, чтобы выдумывать⁸, создавать истории, составленные не только из фактических данных (в том числе судебных решений и иных кейсов), но также из интуитивных представлений о правовых принципах и стремления к справедливости, которые должны управлять миром. Задача состоит в том, чтобы преобразовать эти элементы в технологию и сохранить их неоспоримый вклад в новые способы подготовки юридической аргументации, которая по своей сути является творческим процессом, например, в той мере, в какой она отражает абстрактные понятия или объяснение конкретных обстоятельств. Использование юридических технологий в качестве посредника в рамках этого процесса может, в зависимости от особенностей таких технологий, угрожать этому творческому аспекту роли судебного юриста. Сама возможность творческого осмысления является центральной для профессиональной и этической обязанности юриста формулировать выводы и обоснования, исходя из уникального сочетания фактов, норм и аргументов, которые могут быть использованы в рамках всей системы права.

Мы утверждаем, что заложенная в технологии нормативная архитектура выбора решений, представленная дизайном приложений, должна дополнять и поддерживать основы философии права. Юристы, в том числе судьи, не должны выступать только в качестве наблюдателей за создаваемой с помощью больших данных и технологий правоприменительной практикой, но должны оставаться профессиональными участниками принимаемых решений. Их приверженность идеям права, среди прочего, проявляется в творческом лингвистическом синтезе прошлого и настоящего, всегда с прицелом на будущее. Когда в эту деятельность вводится «третий голос» юридической технической программы, основанной на статистических данных, а не на идеях права, это искажает или преломляет отношения между «сырым» текстом закона и творчеством, опытом и морально-этическими идеалами юриста — при этом с использованием таких способов, которые неочевидны даже для самого юриста. Качество построения этих отношений с участием «третьего голоса» имеет центральное значение для сохранения концепции права и жизнеспособности принципа верховенства закона. Следовательно, любые изменения в этой области должны производиться с полным осознанием последствий, особенно там, где решающим фактором может стать необходимость учета погрешностей технологии и очевидная привлекательность эффективности новых технологий.

Нормативные трансформации: опосредование права технологиями

Термин «юридическая технология» (legal tech) возник относительно недавно, хотя попытки вовлечения вычислительных систем в юридическую практику предпринимались еще с послевоенного периода. Обычно это относится к внедрению цифровых технологий в правоприменительную деятельность, а иногда и в области контроля за соблюдением законов. Применяемые технологии в юриспруденции имеют множество различных функций и целей, начиная от очень конкретных и поддающихся проверке (например, автоматизация проверки контрактов на основе сценария, заданного конкретной фирмой⁹) до более сложных для обоснования (например, «улучшение доступа к правосудию»¹⁰). Важно понимать, что «юридические технологии» не являются новым явлением, несмотря на ажиотаж вокруг данной темы и существующие вопросы к ее использованию. Как отмечает М. Хильдебрант, создание и применение права на протяжении последних пяти столетий сопровождалось использованием технологий письменности и печатного станка¹¹. Без них закон в том виде, в каком мы его знаем, был бы совершенно неизвестен по практикам, текстуальным и материальным артефактам, знакомым современным юристам и гражданам.

⁸ Gaakeer J. *Judging from Experience: Law, Praxis, Humanities*. Edinburgh University Press, 2019.

⁹ E. g. LawGeex (дата обращения: 1.11.2021).

¹⁰ E. g. DoNotPay, чьи условия и положения гласят: «Наша цель — урвать правила игры и сделать юридическую помощь доступной для самых уязвимых слоев общества» (по состоянию на 1 ноября 2021 г.).

¹¹ Hildebrandt M. *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology* (Edward Elgar Publishing 2015) passim. См. также Harvey D. J. *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Digital Age* (Bloomsbury, 2017). Постоянные читатели журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», вероятно, помнят, что данные идеи развивались М. Хильдебрант и в подробной статье, перевод которой опубликован в одном из прошлых номеров журнала (см.: Хильдебрант М. Действие юрисдикции, возникшей в результате текстуальных актов, в киберпространстве // Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 2. С. 6–20). (Прим. пер.)

Технология текста предоставляет конституционным демократиям набор фундаментальных средств, которые соответственно и конституируют государственность. Текст экстернализует правовые нормы, придавая им стабильность во времени и пространстве, что, в свою очередь, способствует формированию юрисдикции, которая может регулироваться во времени и пространстве одним и тем же набором текстов. Присущая естественному языку двусмысленность, содержащаяся в этих текстах, вынуждает их интерпретировать в точке применения, противопоставляя особое мировоззрение одного гражданина содержанию нормы, что приводит к нормативному синтезу, определяющему возможное русло действий. В этом и заключается суть спора: норму можно интерпретировать по-разному, тем самым создавая — а иногда, возможно, и провоцируя, — конкурирующие нарративы о ее значении и о том, как ее следует применять в данном случае, в данном сообществе, в данный конкретный момент времени. Потенциальный конфликт, присущий природе текста, требует организации некоторой формы судебного процесса, который может разрешать споры о толковании. Такие решения, в свою очередь, должны быть легитимированы внутри сообщества, что в конституционных демократиях достигается посредством гласности процессов и обоснования правовых позиций. Благодаря этим характеристикам правовые суждения, которые сами по себе строятся на основе текста и, таким образом, рефлекторно отражают специфику данной текстуальной технологии, служат маркером прогресса и самосознания сообщества в данный момент времени, до наступления следующей фазы спора по интерпретации, судебного разбирательства и формулирования соответствующего решения.

Значимость аргументации как проявления мыслительного творчества

Роль юристов заключается в том, чтобы выступать в качестве представителей людей, являющихся их клиентами. Основные обязанности юриста-практика — обязанности перед своим клиентом, хотя они также несут обязательства перед судом и своими коллегами-адвокатами¹². Хотя юристы готовы ходатайства, заявления и обоснование позиции, это ходатайства, заявления и обоснования их клиентов. Вслед за Дж. Уолдроном мы считаем, что функция закона состоит в том, чтобы позволить обычным людям через своих адвокатов «сформулировать свои собственные юридические аргументы, предложив суду, рассматривающему их дело, изучить их собственный взгляд на ситуацию, что вписывается в целостную концепцию соблюдения духа закона»¹³.

По мнению Уолдрона, процесс аргументации — это то, что имеет особое значение. Именно он обеспечивает «уважение свободы и достоинства каждого человека как мыслящего субъекта»¹⁴. Таким образом, решения судов следует рассматривать не просто как «победы или поражения» сторон, а как результаты процесса, включающего в себя выслушивание мнений людей, формулирующих свои взгляды на базе соответствующих правовых норм¹⁵. В ходе судебного разбирательства истец объединяет элементы рассматриваемой ситуации, которые совместимы с силлогистической структурой юридического рассуждения (если она сама по себе не представлена как таковая)¹⁶. Стороны апеллируют к определенным нормам, интерпретируемым в свете представленных фактов, точно так же, как факты интерпретируются в свете норм.

Нелегко четко сопоставить фактические обстоятельства с требованиями правовых норм. Доказательства должны быть выявлены и интерпретированы, прежде чем они будут оформлены в лингвистических терминах, понятных в более общем плане в рамках формы жизни закона¹⁷. Даже если оставить в стороне научно-технические проблемы надежного сбора доказательств, их квалификация в юридических терминах — это не просто описание, даже если используется юридическая терминология, но обязательно оформленный текст с соблюдением условий логической аргументации, которую юридическое обоснование и должно в конечном счете подкрепить¹⁸. Здесь риторика играет роль в установлении того:

- а) какие именно факты относятся к делу;
- б) какие их аспекты относятся к делу;
- в) по отношению к каким конкретным нормам из всего свода законов предусмотрены эти факты;
- г) почему они выбраны с точки зрения интересов клиента и справедливости.

¹² Paterson A. *Supra* note 7.

¹³ Waldron J. The Rule of Law and the Importance of Procedure. No. 50 (3). 2011. P. 19.

¹⁴ Ibid. P. 23.

¹⁵ Юридический институциональный процесс, способствующий такой аргументации, отмечает Уолдрон, имеет «санитарный» аспект. Закон относится к людям с уважением. Это предполагает «обращение внимания к точке зрения и... уважение достоинства тех, к кому применяются нормы как существ, способных объяснить» (Ibid. P. 16. Emphasis supplied). См. также: *Meneceur Y., Barbaro C. Artificial Intelligence and The Judicial Memory: The Great Misunderstanding. AI and Ethics. 2021. P. 3.*

¹⁶ См. *MacCormick N. Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005. Chs. 3–4.*

¹⁷ О данном процессе см. *Dijk N. van, The Life and Deaths of a Dispute: An Inquiry into Matters of Law. In McGee K. (ed.), Latour and the Passage of Law. Edinburgh University Press, 2015; Latour B. Biography of an Inquiry: On a Book About Modes of Existence. Social Studies of Science, 2013. Vol. 43. Ch. 13. P. 287.*

¹⁸ О понятии юридического аргумента см. *Fish S. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. In Fish S. Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. Durham: Duke University Press, 1989. P. 100.*

Риторическое представление аргументации часто скрывает лежащую в его основе силлогистическую логику, но в любом случае творческие аспекты лингвистического построения не позволяют простой логике инкапсулировать все содержание обоснования¹⁹. В этом случае отсутствует платоническое представление о логической «юридической истине», которая уже существует «где-то» и которую может выявить либо юрист, либо машина. Наоборот, творческая работа по интерпретации и перформативной аргументации, производимая стороной спора, которая осознает свои профессиональные и этические обязанности, как раз и является тем, что влечет за собой «создание права». Только в ходе работы по подготовке аргументированной позиции, созданной с помощью мыслительного творчества и соответственно структурированной, поддерживаются ценности права, и это не зависит от результата.

Проблемы применения юридических технологий

В свете только что приведенной краткой характеристики процесса творческой юридической аргументации проблему взаимодействия юридических технологий с интеллектуальным творчеством юриста можно рассматривать в двух различных, но взаимосвязанных измерениях. Во-первых, существует опасение, что компьютеры не могут рассуждать так, как это делают юристы, и что они не имеют и не могут иметь каких-либо нормативных обязательств перед стоящей перед ними задачей.

Второе измерение более тонкое, потому что возникающую в его рамках угрозу статус-кво юридической практики не так легко оценить: это представление о том, что результаты применения юридических технологий (в частности, тех, которые построены на основе прогнозирования машинного обучения) будут рассматриваться как окончательный результат или отражение самого закона, тем самым влияя на лежащую в его основе структуру права таким образом, который трудно предвидеть или даже выявить, когда эти результаты впоследствии будут приняты и, таким образом, узаконены в рамках юридических процедур.

Правовое обоснование позиции при помощи технологий

Статистические модели, лежащие в основе юридических технологий, основанных на базах данных, предсказывают результат индуктивно, как упражнение в сопоставлении с образцом, в то время как управляемые кодом символьные системы следуют детерминированным правилам, чтобы предоставить решение, основная структура которого уже была предусмотрена при разработке. Даже тогда, когда результат или прогноз приветствуются, ни в том, ни в другом случае нет необходимой связи с нормативной юридической практикой, не говоря уже о приверженности тем ее положениям, которые требуют применения синтеза толкования. В случае применения технологии статистического предсказания любой хороший результат является хорошим только потому, что мы прилагаем усилия, чтобы интерпретировать его, и мы можем это сделать только потому, что результат попадает в диапазон средних показателей и его возможно рационально объяснить. У машины нет доступа к стандартам, по которым мы можем проверить такой результат на предмет его разумности, поскольку она не имеет представления о ценности или нормативном контексте выполняемой ею задачи. В некотором смысле нам повезло, когда статистические модели, используемые в юридических технологиях, дают прогнозы, которым мы можем приписать разумную интерпретацию, поскольку эти модели не предполагают проверку прогноза на соответствие определенной нормативной позиции для получения справедливого результата, которая в них не заложена. Проще говоря, когда дело доходит до права, статистические модели «не знают, о чем говорят»²⁰.

На протяжении XX в. много сил было затрачено на «юридикометрию» в попытках рассматривать право как «науку», а правовые нормы — как логические предпосылки, поддающиеся строгой форме дедуктивного расчета. В сочетании с духом логического позитивизма и бихевиоризма (пусть и не в точном совпадении с их историческими временными рамками) будущий «статистик» представлялся идеальным юристом, проводящим юридические «расчеты» для получения правильного ответа в рамках любого спора²¹. Эта точка зрения получила воплощение в некоторых современных юридических технических приложениях и программах, которые стремятся предсказать результаты дел на основе экстралегальных факторов, например моделей речи участников судебного процесса²². Эти более современные подходы, основанные на данных, строятся на индуктивных выводах, которые относительно недавно стали использоваться благодаря доступу к обширным наборам данных и созданию вычислительных мощностей,

¹⁹ Как отмечает Маккормик (MacCormick): возможно, «совсем не лучше и необязательно излагать реальные юридические аргументы в строгой силлогистической форме. То, как представить дело, относится скорее к риторике, чем к логике, но наиболее эффективной риторикой, вероятно, будет та, которая опирается на ясное понимание имплицитной логики процесса». *Supra note 16*. P. 42–43.

²⁰ *Smith B. C.* The Promise of Artificial Intelligence: Reckoning and Judgment. Cambridge, MA: The MIT Press, 2019. P. 76 (с учетом рассмотренных нами акцентов).

²¹ Gaakeer. *Supra note 7*, ch. 3. Термин «статистик» в правоведении ввел О. Холмс (*O. Holmes*, *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, 1897. No. 10. P. 457).

²² См. исследование *M. A. Livermore* и *D. N. Rockmore* (eds), *Law as Data: Computation, Text, and the Future of Legal Analysis*. Santa Fe: SFI Press, 2019. Однако обратите внимание, что Франция ввела юридические ограничения на использование данных, касающихся поведения судей. См. *G'sell F.* Predicting Courts. Decisions Is Lawful in France and Will Remain So (дата обращения: 30.09.2021).

необходимых для построения статистических моделей, которые делают возможными прогнозы. Напротив, с 1970-х гг. работа в области символического ИИ, применительно к праву, стремилась моделировать и подражать дедуктивным способностям юриста. В последнем случае цель состоит не в том, чтобы статистически предсказать будущее на основе существующих данных²³, а вместо этого в том, чтобы предопределить результат посредством предварительной спецификации «правильного» ответа, содержащегося в формализованных наборах правил, которые либо представляют его, либо непосредственно обеспечивают его выполнение посредством создания дополнительной архитектуры на основе кода. Здесь мы видим реализацию иной стратегии рассуждений, которая возникла в последние 25 лет, «код как закон», и идеи возможности совершенного и сверхэффективного применения правовых норм, которое способствует определенности в качестве ядра операционной системы, создание которого, возможно, цель правовой системы²⁴. Этот инструментальный взгляд на право получает новую жизнь в рамках растущего движения «Правила как кодекс» (Rules as Code)²⁵.

Статистически опосредованные источники права

Таким образом, с одной стороны, у нас есть представление о том, что машина является в некотором смысле независимым агентом, которому мы порекомендуем юридические рассуждения. С другой — возникает более сложная проблема, когда технология не заменяет юриста как такового, а вместо этого сам юрист полагается на результат использования юридической технологии, как если бы такой результат был законом или исходил непосредственно из него в случае применения систем юридического поиска и составления ходатайств, построенных на обработке естественного языка.

Соблазн эффективности

Фирмы, разрабатывающие юридические технологии вряд ли смогут убедить юристов в том, что они, используя свою профессиональную интуицию относительно пределов вычислений и понимание важности роли, которую вычисления играют в правовой системе, станут разрабатывать свои продукты с учетом критического подхода к их применению. Более вероятно, что коммерческие интересы будут преобладать в стимулировании внедрения определенных технологий, особенно в тех случаях, когда они нацелены на снижение затрат и повышение производительности. Некоторым может быть трудно сопротивляться соблазну повышения эффективности, особенно там, где сетевые эффекты приводят к использованию одних и тех же или похожих систем большинством фирм. Например, девиз американской аналитической компании Lex Machina гласит: «Ваши конкуренты используют Legal Analytics, чтобы удержать клиента и выиграть дело; можете ли вы позволить себе *не* использовать эту технологию?»²⁶. Здесь мы видим потенциальную конвергенцию экономической, правовой и технологической культур, где и дизайн, и маркетинг юридических технологий отражают склонность к коммерчески привлекательному, но по существу утилитарному понятию права, понятию, основанному главным образом на результатах, которые достигаются посредством инноваций и эффективности (и это, конечно, приносит значительную прибыль сектору юридических технологий)²⁷.

Однако помимо влияния маркетинговых усилий компаний на распространение использования юридических технологий существует проблема, заключающаяся в том, что, на первый взгляд, такие системы действительно работают — по крайней мере, в том смысле, что они генерируют понятные результаты, которые можно использовать на практике. Заявление разработчиков технологий об эффективности программ может показаться не таким уж огромным скачком в развитии технологий, когда очевидно, что система действительно предоставляет релевантные результаты поиска или генерирует формулировку обоснования или выдает рекомендации, которые в целом кажутся обоснованными. Статистические юридические поисковые системы, такие как Casetext и Westlaw Edge, вполне очевидно выдают результаты, которые можно использовать; по определенному запросу они же обычно предоставляют данные, которые практик может понять, при этом некоторые из этих результатов столь же релевантны (а некоторые даже более), как и те, что были бы обнаружены при использовании старых поисковых систем или при ручном поиске. Как ни парадоксально, но именно

²³ Hildebrandt M. Code-Driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past. In S. F. Deakin and C. Markou (eds.), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Oxford, UK; New York, NY: Hart, 2020.

²⁴ Bankowski Z. Don't Think About It Legalism and Legality. In M. M. Karlsson, O. Pall Jonsson and E. M. Brynjarsdottir (eds.), *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

²⁵ См. Waddington M. Research Note. Rules as Code. *Law in Context*, 2020. Vol. 37. No. 1 (придерживается позиции ограниченного понятия и применения «Правил как кодекса»).

²⁶ The Future of Law. Judge Analytics: Predicting The Behavior of the Courtroom's Boss. Lex Machina (дата обращения: 31.10.2021). Та же фирма утверждает, что «более трех четвертей Am Law 100» (100 лучших фирм в Соединенных Штатах, определенных журналом *American Lawyer*) используют их систему. См. Lex Machina: Legal Analytics® for the Data-Driven Lawyer. Lex Machina (дата обращения: 31.10.2021).

²⁷ См. Katz D. M. Quantitative Legal Prediction — or — How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data Driven Future of the Legal Services Industry. *Emory Law Journal*, 2012. No. 62. P. 909. О слиянии «права» с «рынком юридических услуг», часто ассоциируемым с Чикагским университетом и школой права и экономики, которую он породил, см. Hildebrandt M. *Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics*. *University of Toronto Law Journal*, 2018. No. 68. P. 12–35.

здесь и заключается проблема. Само существование работоспособного продукта привлекательно, особенно если он имеет ауру «превосходства» над человеческими способностями. Очевидный успех результата статистической обработки данных, подкрепленный ее скоростью и заявлениями разработчика об использовании огромного количества данных и видах переменных, которые учитываются при разработке такой технологии, создает ощущение, что у нее есть доступ к лучшей версии закона — той, которая выходит за пределы аналитических возможностей человека. Учитывая профессиональную обязанность представлять интересы клиента как можно лучше, добросовестный юрист может даже прийти к выводу, что он *должен* использовать такую явно эффективную систему, особенно если профессиональные стандарты не содержат разъяснения о возможных последствиях использования такого программного обеспечения²⁸.

Восхищение автоматизацией может иметь обманчивый эффект: кажется, что система работает, она использует «объективные» данные (и гораздо больше, чем человек, может понять), и поэтому на выходе она генерирует нечто ценное, выходящее за рамки сравнительно ограниченных возможностей человека²⁹. Юрист, который идет против таких очевидных способностей технологии, должен быть очень уверен в своей позиции; и заявления юриста о такой его уверенности могут даже рассматриваться как «упрямство, высокомерие или самонадеянность»³⁰. В долгосрочной перспективе мы можем начать олицетворять качества алгоритма, считая его возможной идеализированной версией того, какими мы могли бы быть, если бы только могли сохранять как можно больше информации, сопоставлять как можно больше функций и выполнять обработку информации с такой огромной скоростью. Эта «роботоморфность» противоположна антропоморфизму; мы начинаем видеть машину в себе, и, благодаря ее очевидному совершенству в выполнении своей задачи, мы пытаемся «оптимизировать» себя и свою деятельность, пытаемся соответствовать этому алгоритмическому идеалу³¹.

Эта идея отражена в бихевиористских концепциях права, которые исключают любую внутреннюю нормативную определенность человеческой деятельности. Волох (Volkh), например, предполагает, что гипотетический робот-судья, который может писать понятные и убедительные заключения, должен иметь право выносить настоящие решения в реальных судебных разбирательствах³². Тест для проверки возможности реализации такого предложения заключается в построении системы, которая успешно создает судебный симулякр, а не систему, которая может встать на место судьи в реальности, руководствуясь нормативной волей к справедливости. Любой вывод такой машины будет убедительным только потому, что мы интерпретируем его как таковой, но есть, по крайней мере, риск того, что возможность использования машины, выполняющей разумную работу, может оказаться достаточно привлекательной в перегруженной правоприменительной системе, и мы замалчиваем присущие такой машине ограничения, при этом создавая проблему рефлексивного эффекта, который мы описываем ниже. Еще один, довольно антиутопический риск, заключается в том, что такой тест замыкается сам на себе, так что судьи-люди начинают сверяться с выводами робота-судьи. В результате создается роботоморфная траектория, которая направлена на тотальное превращение права в массив данных, где заложенные в основу технологии алгоритмы сами по себе влияют на содержание правовой системы в целом³³.

Нормативность юридического технического дизайна

Выше мы говорили о роли, которую в случае признания превосходства технологии может сыграть автоматизация в ускорении внедрения прогностических юридических технологий. Еще одним аспектом привлекательности таких технологий является проблема их «технологической нормативности» или способов, которыми архитектура таких технологий допускает и ограничивает действия их пользователей³⁴.

Технологические артефакты, даже если согласиться с тем, что они являются результатом определенной политики, не обладают нормативностью или «интенциональностью», которые приводят к дискретному применению или формам взаимодействия, влияющим, в свою очередь, на более широкие практики, использующие эти технологии³⁵.

²⁸ Например, юридическое общество Англии и Уэльса ссылается на «верховенство закона» только с точки зрения соответствия используемой в юридической практике технической системы «всем применимым законам», без упоминания о потенциале более глубокого воздействия на практику и концепцию верховенства закона. См. *Lawtech and Ethics Principles*. Law Society of England and Wales, 2021. P. 13–14 (дата обращения: 30.10.2021).

²⁹ О проблемах для права, связанных с опорой на результаты искусственного интеллекта, как с точки зрения ответственности, так и с точки зрения доказательств, см. *Mason S. Artificial Intelligence: Oh Really? And Why Judges and Lawyers Are Central to the Way We Live Now But They Don't Know It*. Artificial intelligence, 2017. Vol. 29.

³⁰ *Cabitza F. Breeding Electric Zebras in the Fields of Medicine*. 2017. arXiv: 1701.04077 (обсуждение проблем, связанных с использованием прогнозов статистических моделей в медицинской области).

³¹ См. *Sætra H. S. Robotomorphy, AI and Ethics*, 2021.

³² *Volkh E. Chief Justice Robots*. Duke Law Journal, 2018. Vol. 68. P. 1135.

³³ *Sætra*, supra note 31, p. 7. Это явление иногда называют Законом Гудхарта, сформулированным Стратерном следующим образом: «Когда мера становится целью, она перестает быть хорошей мерой». См. *Strathern M. Improving Ratings: Audit in the British University System*. European Review, 1997. Vol. 5. Iss. 3. P. 305.

³⁴ О ключевом различии между видами нормативности см. *Hildebrandt M. Legal and Technological Normativity: More (and Less) than Twin Sisters*. *Techné: Research in Philosophy and Technology*, 2008. No. 12. P. 169.

³⁵ *Winner L. Do Artifacts Have Politics? Daedalus*, 1980. Vol. 121; *Ihde D. Technology and the Lifeworld: From Garden to Earth*. Indiana University Press, 1990. P. 141–142; *Kranzberg M. Technology and History: Kranzberg's Laws*. *Technology and Culture*, 1986. Vol. 27. P. 544.

Сказанное относится как к юридическим техническим системам, так и к любым другим технологиям, и поэтому нормативы, создаваемые дизайном программы, а в некоторых случаях и политика, которую они отражают, будут так или иначе влиять на форму юридической практики. Конечно, можно говорить, как десятилетиями утверждала школа критических правовых исследований (CLS), что право в любом случае формируется политикой. Но акцент здесь иной: в какой степени лежащие в основе юридической практики технологии влияют на ее нормативное содержание? Это вопрос, который предшествует анализу структур власти, отраженных в правовой системе, когда она рассматривается исключительно как социальное явление.

Юридические технологии менялись со временем. Если в конце 1990-х гг. началась эра поисковых систем в результате появления и развития сети Интернет, то в течение последних нескольких десятилетий мы стали свидетелями революции в инструментах, используемых в юридической практике. С точки зрения юриста, получившего образование в середине XX в., введение электронных юридических баз данных в 1980-х гг., несомненно, было волшебным и, возможно, для некоторых подозрительным событием. Однако сейчас мало кто будет спорить, что такие технологии не являются усовершенствованием ручных процессов, существовавших раньше, при прочих равных условиях³⁶. Таким образом, точно так же, как электронные базы данных стали неотъемлемой частью практики юристов к концу XX в., некоторые из программ, которые в настоящее время агрессивно продвигаются поставщиками юридических технологий, стали совершенно стандартной частью ландшафта юридической практики.

Это особенно заметно в отношении систем, которые незначительно усовершенствованы. Очевидным примером является технология юридического поиска, где модели преобразования обработки естественного языка направлены на улучшение результатов по сравнению со стандартным поиском по ключевым словам, обеспечивая чувствительность к контексту, в котором появляется поисковый запрос³⁷. При этом результаты ничем не отличаются; юридическое техническое приложение кажется юристу более или менее идентичным тому, что было раньше, но основы или серверная часть системы стали совершенно другими, и результаты получаются совершенно иным способом. Следующим шагом в развитии юридической технологии является формирование статистического прогноза с точки зрения системы, «знающей понятия», лежащие в основе сложного поискового термина, как, например, в случае параллельного поиска Casetext³⁸. Опять же интерфейс программы не сильно изменился, но основной механизм получения результатов, которые юрист видит и на основании которых действует, совершенно другой.

Судебная практика как основополагающий элемент правосудия

Правовые системы наделяют стороны судебного процесса определенными полномочиями, такими как право инициировать возбуждение дела в суде, подавать ходатайства и вызывать свидетелей. В то же время на них возложены этические и профессиональные обязанности перед судами, их клиентами и другими лицами³⁹. У них есть профессиональные обязательства по поддержанию верховенства закона и обеспечению отправления правосудия⁴⁰. Что это означает, если в ходе осуществления таких способностей и обязанностей нормативная приверженность справедливости, лежащая в основе юридической профессии, в той или иной степени модулируется или вытесняется выходными данными, полученными исключительно в результате статистической индукции? Смещается граница между технологической и правовой нормативностью: расширяется та часть практики, которая конституируется юридико-технической системой, а часть, существующая в институциональной сфере, сужается, вместе с ролью присущих ей обязательств и гарантий. Если внедрение таких инструментов, как текстовые процессоры и технологии, такие как электронная почта, оказали минимальное влияние на нормативное ядро права, теперь мы сталкиваемся с набором технологий, нормативность которых потенциально может вытеснить фундаментальные аспекты роли, которую играют стороны в судебном процессе. Центральные элементы судебной деятельности — творческая систематизация фактов и юридических источников в рамках нормативно-ориентированной практики — заменяются результатами, которые определяются не более чем статистической регулярностью.

Процедура судебного разбирательства является частью идеи о том, что правосудие должно не только вершиться, но и быть достаточно прозрачным, чтобы адресаты понимали, как оно вершится⁴¹. Хотя эта идея обычно ассоциируется с соблюдением процедурных и доказательственных правил, мы предполагаем, что ее можно расширить,

³⁶ Хотя в некоторых частях мира проблема демократизации доступа к юридическим материалам остается нерешенной.

³⁷ См., например, *Chalkidis I. [et al.]*. LEGAL-BERT: The Muppets Straight out of Law School. Findings of the Association for Computational Linguistics: EMNLP 2020 (Online: Association for Computational Linguistics, 2020). URL: <https://aclanthology.org/2020.findings-emnlp.261> (дата обращения: 31.10.2021).

³⁸ Parallel Search (Casetext). URL: <https://casetext.com/parallel-search/> (дата обращения: 31.10.2021).

³⁹ *Paterson A.* *Supra* note 7.

⁴⁰ См., например: *Ethics in Law* (Law Society of England and Wales). URL: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/regulation/ethics-in-law> (дата обращения: 1.11.2021); *Regulation and Compliance*. Law Society of Scotland. URL: <https://www.lawscot.org.uk/members/regulation-and-compliance/> (дата обращения: 31.10.2021).

⁴¹ Перефразируя дело Верховного суда Англии по делу *R. v Sussex Justices ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256 at 259, per *Hewart L. C. J.*: «Правосудие должно не только свершиться, но и быть очевидным и несомненным». О центральной роли процедуры в обеспечении верховенства права см. *Waldron J.* *Supra* note 13.

чтобы охватить те части процесса, которые должны быть продуктом человеческих возможностей, а не вычислений или статистических прогнозов. То, что должно быть «прозрачным», — это части процесса в той же мере, что и весь процесс в целом, поскольку каждый элемент процесса может быть понят только в свете другого (перекликаясь с понятием «герменевтического круга»⁴²). Если такой элемент процесса, как аргументация, в том ее виде, который позволяет признавать ее соответствующей закону, передан на аутсорсинг машинам, которые не знают идеалов, существует риск того, что конечный результат в некотором смысле будет скомпрометирован, даже если на первый взгляд он будет выглядеть приемлемым. Это относится как к используемым (технологическим) инструментам, так и к процедурным этапам самого процесса. Таким образом, есть веский аргумент в пользу того, что приверженность изложенной нами концепции права требует, чтобы системы, используемые в юридической практике, были прозрачны и понятны с точки зрения способа их работы и получения результата.

С этой точки зрения творческий аспект юридической аргументации является средством как для передачи, так и для легитимации аргументов в институциональной сфере судебного разбирательства, то есть всего того, что юридические технологии никогда не могут сделать сами по себе. Формулируя правовую позицию, сторона в судебном процессе активно пытается донести свое видение справедливости в данном деле, которое может не совпадать с видением противной стороны спора⁴³. Коммуникация в рамках процесса служит двум символическим целям в конституционной демократии. Во-первых, процесс оправдания себя по отношению к некоторым нормативным стандартам делает нас ответственными — способными к ответу; и благодаря этому признанию этой способности нас уважают как участников правового общения, даже если исход спора будет не в нашу пользу⁴⁴. Во-вторых, общественность в принципе может поддерживать представленное правовое обоснование в суде, слышать, на какие юридические предпосылки опираются и какие аргументы приводят стороны в процессе, связывая их с фактами. Результат рассмотрения дела будет значим даже для тех, кто не согласен с интерпретацией выдвинутых фактов или норм в процессе, поскольку открытость для восприятия заявляемого правового аргумента узаконивает результат даже для тех, кто с ним не согласен.

Таким образом, не любой процесс является правосудным, а только тот, который позволяет реализовывать ценности верховенства права. Юристы не просто «совершают действия», а скорее применяют свои творческие способности на службе всей правовой системе. Без надлежащей возможности проявить творческие способности во имя целей права невозможно получить желаемое понимание справедливости, выраженное в результате судебного процесса. В той мере, в какой сбывается предсказание Холмса, что юрист «будущего — это человек статистики»⁴⁵, — мы теряем нечто, что делает закон справедливым. Если элементы судебной практики помещены в «черный ящик» юридических технических программ, дизайн которых отражает нечто иное, чем воля к справедливости, коммуникативная и легитимирующая роль юридического процесса обязательно в какой-то степени изменяется.

Институциональность и детерминизм

В крайнем проявлении сценарий механизации правовой практики создает проблемы с точки зрения права как институционального порядка, характерного для конституционных государств⁴⁶. Такие государства полагаются на существование заранее predetermined процесса публичной аргументации, который позволяет авторитетно определить в рамках общего институционального понимания или юридического «мира»⁴⁷ исход спора о правах и обязательствах⁴⁸. Они не существуют в нашем сознании независимо как объекты мысли. Наоборот, они постоянно распознаются благодаря сочетанию экстернализованных текстов и человеческой способности приписывать (юридическое) значение какому-то действию или событию, каждое из которых рассматривается в свете любого будущего контекста, в котором происходит это распознавание⁴⁹.

Если бы адвокат должен был бы просто технически расставить юридические символы, подобно компьютеру, переставляющему биты по заранее заданной программе, то действительно целью юридической практики было бы выявление «программы» — выведение алгоритма из всего объема потенциально применимых правовых норм. И наоборот, если юридическая программа индуцируется машиной из доступных ей данных, и юрист просто принимает

⁴² *MacCormick N.* Supra note 16. P. 48, и о понятии см. *Gadamer H.-G.* Truth and Method (Weinsheimer J. и Marshall D. G. (trs)). London: Bloomsbury, 2013. Ch. 4.

⁴³ См. *Esposito E.* Transparency vs. Explanation: The Role of Ambiguity in Legal AI. Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law, 2021. Vol. 1. No. 1.

⁴⁴ *Gardner J.* The Mark of Responsibility. Oxford Journal of Legal Studies, 2003. Vol. 23. См. также приведенное выше обсуждение изложения Уолдрона концепции права.

⁴⁵ *Holmes O. W.* Supra note. 21.

⁴⁶ *MacCormick N.* Institutions of Law: An Essay in Legal Theory. New York: Oxford University Press, 2007. Chs. 1–3.

⁴⁷ *Hildebrandt M.* Smart Technologies. Supra note 11. P. 53–54.

⁴⁸ Керр предупреждает о «потенциально глубоких системных проблемах, которые обязательно возникнут, если мы откажемся от системы правосудия в пользу эффективных актуарных моделей». Керр говорит здесь о прогнозировании поведения граждан, а не о поведении судов, но в более общем плане он предупреждает о последствиях применения технологий прогнозирования. Керр утверждает, что использование прогнозных технологий ведет к созданию общества, организованного вокруг риска. См. *Kerr I.* Supra note 6. P. 26.

⁴⁹ *Hildebrandt M.* Smart Technologies. Supra note 11. P. 53–54.

вывод, предлагаемый машиной, в качестве центрального постулата своей аргументации, то он также принимает такой вывод или вычислительное «показание» в качестве исходного, определяющего развитие права, которое поручено строить юристам.

Вопрос в том, к чему это приведет, если юрист будет считаться простым пользователем таких систем, который берет результат, выдаваемый программой, как есть и импортирует его в юридический процесс, полагаясь на него как на требование права или как наилучшее отражение права. Может ли такой «перевод» статистического прогноза в институциональный мир права, выполненный юристом и возможный благодаря его статусу юриста, сделать этот результат институционально обоснованным, даже если юрист в этом случае не полностью понимает статистические механизмы, лежащие в основе создания этого результата?

Необходимость «безубыточного» права

Результаты применения юридических технологий могут получить своего рода легитимность благодаря тому, что юридическое сообщество считает их действительными. Таким образом, выводы, сделанные машиной, попадут в корпус юридического текста либо напрямую (как в случае с автоматически сгенерированными ходатайствами, аргументами или процессуальными документами), либо косвенно, предлагая источники или аргументы, на которые участники процесса будут полагаться в отдельных судебных разбирательствах. Этот процесс будет постепенно меняться, поскольку все больше юристов полагаются на эти системы, и поэтому выводы, сделанные такими технологиями, начинают отражаться в своде юридических текстов посредством их использования в судебных процессах⁵⁰. Это может привести к возникновению петли обратной связи, в которой результаты, продвигаемые статистикой, могут получить дополнительное признание независимо от их юридической значимости, причем эффект увеличивается в течение нескольких циклов. Такое признание будет определяться исключительно на основе статистических показателей релевантности, сходства или эффективности⁵¹. Последнее обстоятельство относится и к юридическому поиску, где конкретным делам может отдаваться приоритет из-за их соответствия статистической модели⁵², и к системам, генерирующим предлагаемые тексты, которые в конечном итоге закрепляются в виде документов, связанных с делом (например, в судебных дайджестах, публикуемых в США)⁵³.

В этом процессе можно представить условную точку бифуркации, в которой юристы начинают подгонять свою реальную практику под выводы, предлагаемые машиной⁵⁴ (вспомните вышеприведенное обсуждение роботоморфизма), при этом интерпретационные возможности человека начинают сужаться⁵⁵. В этот момент практика и машинные рекомендации начинают сближаться, причем последние искажают первое в соответствии с тем, что является статистически оптимальным⁵⁶, а не в соответствии с каким-либо другим определяющим нормативным показателем⁵⁷.

Результаты основанного на статистике юридического поиска или системы написания ходатайств обязательно будут заключать в себе применение определенной технологической абстракции, отбора или опоры на лингвистические «данные» до того, как право посредством юристов сможет позволить создать институты, и обремененные такими технологическими ограничениями. Результаты поиска или предлагаемый машиной текст ранжируются в соответствии с метрикой эффективности, заложенной в систему, а не в соответствии с каким-либо нормативным понятием юридической значимости. Право, таким образом, в некоторой степени уходит в сторону, если технический посредник уже сфор-

⁵⁰ Данные эмпирического исследования, демонстрирующего различия в результатах поисковых систем между разными поставщиками юридических услуг (Casetext, Fastcase, Google Scholar, Lexis Advance, Ravel и Westlaw). См. *Mart S. N.* The Algorithm as a Human Artifact: Implications for Legal (Re)Search. *Law Library Journal*, 2017. No. 109. P. 387.

⁵¹ О фундаментальном различии человеческой и статистической «истины» см. *McQuillan D.* Data Science as Machinic Neoplatonism. *Philosophy & Technology*, 2018. No. 31. P. 253.

⁵² Обсуждение аналогичного эффекта в результатах, предоставленных Google Scholar, см. *Rovira C., Codina L., Lopezosa C.* Language Bias in the Google Scholar Ranking Algorithm. *Future Internet*, 2021. Vol. 13. No. 2. P. 31.

⁵³ Верховный суд Соединенных Штатов составил руководство, как получить доступ к дайджестам Верховного суда. См. *Where to Find Briefs.* Supreme Court of the United States. URL: <https://www.supremecourt.gov/meritsbriefs/briefsource.aspx> (дата обращения: 1.11.2021). Функция системы Casetext «составить» (compose) позволяет автоматически сформировать дайджесты. См. *Cheek E.* Which Types of Briefs Can You Draft Using Compose? URL: <https://help.casetext.com/en/articles/4044930-which-types-of-briefs-can-you-draft-using-compose> (дата обращения: 1.11.2021).

⁵⁴ Как отмечают Ровира и др., ученые могут быть вынуждены выполнять «академическую оптимизацию в поисковых системах», чтобы их работа была видна в поисковых рейтингах Google Scholar. См. *Rovira C., Codina L., Lopezosa C.*, supra note 52.

⁵⁵ *Diver L.* Normative Shortcuts and the Hermeneutic Singularity. URL: <https://www.cohubicol.com/blog/normative-shortcuts-and-the-hermeneutic-singularity> (дата обращения: 1.11.2021). См. также *Cobbe J.* Legal Singularity and the Reflexivity of Law. In S. Deakin and H. Markou (eds). *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, 2020. P. 107.

⁵⁶ Здесь полезно напомнить каноническое определение машинного обучения Митчелла: «Говорят, что компьютерная программа учится на опыте E в отношении некоторого класса задач T и измеряет производительность P, если ее производительность при выполнении задач в T, измеряемая P, улучшается с опытом E». См. *Mitchell T. M.* *Machine Learning*. New York: McGraw-Hill, 1997. P. 2.

⁵⁷ Обсуждение силы манипулятивного воздействия оптимизации в контексте приложений для здоровья см. *Sax M.* Optimization of What? For-Profit Health Apps as Manipulative Digital Environments. *Ethics and Information Technology*, 2021. Vol. 23. No. 3. («Можно было бы ожидать, что приложения для здоровья нацелены на улучшение здоровья своих пользователей, но на самом деле необходимость монетизации пользовательской базы приводит к тому, что коммерческие приложения для здоровья в первую очередь нацелены на повышение эффективности взаимодействия с пользователями и, по сути, на изменение убеждений пользователей» (стр. 2, выделено авторами, ссылки опущены)).

мировал материалы практики еще до того, как у юриста появилась возможность сделать первый шаг по приведению текста или других доказательств в форму, поддающуюся юридической аргументации⁵⁸. Выводы, полученные из данных, и даже оформление юридического текста как «данных» в первую очередь означают, что вместо «сырых текстов» закона, являющихся основой юридической практики, используется технологически и статистически их опосредованное представление, то есть потенциальный эффект опосредования юридического текста как данных юридическими технологиями. Вместо того чтобы иметь дело непосредственно с законом «без потерь», то есть с не обработанными машиной текстами, мы вместо этого работаем с законом «с потерями», его «сжатой» версией, полученной из оригинала, которая может выглядеть и восприниматься так же, но через интерполяцию формы управления данными, что неизбежно преломляет первоначальное значение закона, и это происходит таким образом, что юрист может и не подозревать об этих искажениях⁵⁹. В других контекстах это может не иметь значения (мы склонны не слишком беспокоиться о несовершенных результатах поиска в Интернете, например⁶⁰), но в отношении права эти статистически опосредованные представления могут фактически стать содержанием закона, если этим результатам безусловно доверять⁶¹.

Детерминизм дизайна алгоритма и интерфейса программы

Существует два взгляда на проблему сверхдетерминированности юридической практики⁶². Во-первых, это проблема своего рода технологического детерминизма: юрист фактически становится оператором или «пользователем» машины, создавая мост между ее выводами (как в техническом смысле результатов машинного обучения, так и в смысле предсказания юридических результатов) и конкретным юридическим процессом, внедряя эти выводы в непосредственные процессуальные действия. Результаты применения юридических технологий становятся частью права, будь то результаты поиска, которые отдадут предпочтение решению А перед решением Б⁶³, или платформа аналитики прецедентного права, которая предсказывает успех конкретной словесной конструкции в ходатайстве, оба из которых работают только на основе статистических закономерностей, выявляемых из данных ранее рассмотренных дел. В крайнем случае мы можем изменить первоначальный прогноз Холмса: право становится «тем, что будут фактически делать юридические технологии, и ничем более»⁶⁴.

Эта проблема может показаться надуманной, и мы на это надеемся. Но второй вопрос сверхдетерминированности юридической практики более тонкий и проблематичный, с точки зрения демократии. В ракурсе этой проблемы результаты вычислений не определяют напрямую то, что адвокат утверждает в суде, а слегка сдвигают фокус внимания в ту или иную сторону, используя рефлексивные эффекты, которые поначалу может быть трудно обнаружить. Рассматриваемые последствия не являются случаями «технологического управления»⁶⁵, когда очевидная ограниченность широты действий привлекает более пристальное внимание из-за явной возможности злоупотребления их нормативной силой. Общество справедливо обеспокоено автоматизированными системами принятия решений, которые навязывают определенные нежелательные или неприемлемые предубеждения, особенно в отношении расы, пола, сексуальной ориентации и социально-экономического статуса, и тщательное изучение таких систем приветствуется для выявления неравенства, которому они способствуют. Но виды предубеждений, которые нас здесь интересуют, не столь очевидны, учитывая, что они не обязательно отражают существующее общественное предубеждение, которое можно выявить. Именно из-за отсутствия немедленных сигналов последствия применения таких технологий потенциально более проблематичны с точки зрения правовой теории, поскольку никакого инстинктивного отвращения к нелегитимности технологического управления в этом случае не возникает. Рефлексивные эффекты определенных категорий юридических технологий достаточно тонкие, чтобы они, вероятно, медленно накапливались с течением времени, сдвигая фокус юридической практики способами, которые могут быть незаметны в текущий момент времени.

⁵⁸ См. *Dijk N. van*. *Supra* note 17. P. 162. Обсуждение того, как юристы переводят «целый ряд разнородных явлений» в мир права, наделая их способностью «говорить на юридическом языке».

⁵⁹ Здесь уместна аналогия с форматами изображений и аудио без потерь и с потерями, такими как PNG и JPEG, а также FLAC и MP3 соответственно, где данные могут исключаться и/или сжиматься для получения версии, которая «достаточно хороша» для своей целевой аудитории, с точки зрения компромисса — разницы между качеством и размером файла.

⁶⁰ Но посмотрите обсуждение результатов исследований Google Scholar в работе *Rovira C., Codina L., Lopezosa C.*, *supra* note 52.

⁶¹ Кабитца называет искажающий эффект вычислительного фрейминга в медицинской области «эмпирической анопсией», которая «возникает, когда отсутствует осознание существенной произвольности аспектов, которые любая структура данных отображает в реальном и непрерывном объекте, а также тех элементов этого объекта, которые она усиливает, скрывает или, что еще хуже (обязательно), искажает». См. *Cabitza F.* *Supra* note 30, p. 6.

⁶² См. *Hildebrandt M.* *Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning. Theoretical Inquiries in Law*. 2019. No. 20. Обсуждение роли законодательства о защите данных в области защиты от архитектур выбора, которые уменьшают свободу действий субъектов данных.

⁶³ Исследование С. Н. Март показывает, что разные алгоритмы поиска дают очень разные результаты. См. *Mart S. N.*, *supra* note 51 (сравнение десяти результатов поиска с самым высоким рейтингом, полученных Casetext, Fastcase, Google Scholar, Lexis Advance, Ravel и Westlaw по одному и тому же поисковому запросу).

⁶⁴ См. *Holmes O. W.*, *supra* note 21, p. 461.

⁶⁵ *Brownswort R.* *Technological Management and the Rule of Law. Law, Innovation and Technology*, 2016. Vol. 8. P. 100. См. также *Diver L.* *Digisprudence: Code as Law Rebooted*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2022.

В статистических юридических технических системах рассматриваемые эффекты работают на более низком уровне, затрагивая только условия возможности построения аргументации и принятия решений. Технологическая нормативность статистических результатов и того, как интерфейс программы представляет их юристу, выражается в определенном взгляде на закон, который определяется структурой этой системы. В той мере, в какой результат считается «лучшим», требование правовой аргументации позиции посредством интерпретации юридических текстов юристом смягчается, а вместе с этим и теряется значение конкуренции видений сторон, которая реализуется через возможность институционального спора в ходе судебного процесса⁶⁶. В самом крайнем случае машинный вывод, основанный на шаблонах, становится аргументом без дальнейших церемоний — юрист просто представляет аргумент, который, по мнению машины, будет наиболее эффективным. Интерфейс системы — ее особая структура и способы представления статистического результата — становится, благодаря внедрению юристом его в юридический процесс, по сути, представлением содержания закона, особенно если оно в таком виде принимается судом.

Применение юридических технологий, которые позиционируются как особенно эффективные или точные, с большей вероятностью будет иметь такой эффект. В данном случае мы сталкиваемся не с технологическим детерминизмом, а с направляющими эффектами технологической нормативности, когда особенности дизайна системы, допускающие и ограничивающие какие-либо действия, оказывают направляющее воздействие на развитие права посредством последовательно предлагаемой выборки данных, которые сами в то же время становятся строительным материалом основного корпуса юридических текстов.

Естественный язык всегда и обязательно требовал интерпретационной работы⁶⁷, заставляя юриста строить обоснованную аргументацию при разработке той интерпретации, которая защищает интересы клиента и поддерживает справедливость. Нормативный эффект применения юридического технического интерфейса, который дает быстрые ответы без изучения текста, необходимого для формирования истинного правового обоснования, потенциально сглаживает эту конститутивную практику интерпретации. Статистическое предсказание упрощает то, что естественный язык раньше считал (продуктивно) трудным.

Достаточно ли мы бдительны?

Выше мы отмечали, что юристы несут профессиональные обязанности перед своими клиентами и судами. Уважение к суду требует, чтобы адвокаты были знакомы с фактами дела и соответствующим законом⁶⁸. Если бы юрист полагался исключительно на результаты применения юридических технологий, он мог бы нарушить свои профессиональные обязательства и обязанности перед судом. Коммерческие соображения также могут иметь значение в этом вопросе. Юристы при оказании услуг, как правило, стараются включить в заключаемые с клиентами договоры соответствующие заявления об отказе от ответственности. Условия использования Jus Mundi, например, демонстрируют пристальное внимание как к ограничениям предлагаемых услуг юристами, так и к обязанностям юристов⁶⁹. Установление таких ограничений может препятствовать возникновению полной зависимости от результатов применения юридических технологий. Однако, как отмечалось выше, по всей вероятности, реальный риск заключается не столько в абсолютном принятии человеком эффективности предлагаемых машинных решений, сколько в тонкой перестройке при использовании технологий процесса правовой аргументации и выработке стратегии адвоката. Можно ли предотвратить или противодействовать этому эффекту? Можем ли мы положиться на бдительность юристов, чтобы предотвратить риски?

Неочевидно, что можем. Правда, юрист может долго и упорно сопротивляться воздействию маркетинговых стратегий производителей юридических технологий⁷⁰. В то же время лучшие поставщики юридических услуг демонстрируют открытость в отношении критериев отбора, встроенного в архитектуру их систем⁷¹, — в этих случаях юрист может узнать о том, какой выбор был сделан системой, даже если он не полностью понимает последствия

⁶⁶ *Esposito E.*, supra note 43.

⁶⁷ См. *Gadamer H.-G.*, supra note 42.

⁶⁸ См., например, *Bell R., Abela C.* A Lawyer's Duty to the Court. Proceedings of a Symposium on Professionalism, 2012. URL: http://advokat-id.ru/wp-content/uploads/2018/06/11024_10167_CEA-A-Lawyers-Duty-to-the-Court.pdf (дата обращения: 1.11.2021).

⁶⁹ «Вы несете единоличную ответственность за консультации, выбор, использование и интерпретацию документации, предоставленной Jus Mundi через веб-сайт, а также за ваши действия и советы, предоставленные в контексте вашей профессиональной практики. Вы признаете, что услуги предлагают вам дополнительное решение, но не альтернативу средствам, которые вы уже используете, и что услуги не заменяют их». См. General Terms of Use. Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/terms-of-use> (дата обращения: 1.11.2021).

⁷⁰ О'Грейди с удивлением отмечает, что читатели ее блога, похоже, не были особенно «поражены» функциями поиска на базе искусственного интеллекта Westlaw Edge. См. *O'Grady J.* Hits and Misses Part 4: Westlaw Edge — Hit, Miss or Hold Off? Customers Respond — Show Me the ROI! URL: <https://www.deweybstrategic.com/2019/05/hits-and-misses-part-4-westlaw-edge-hit-miss-or-hold-off-customers-respond-show-me-the-roi.html> (дата обращения: 1.11.2021).

⁷¹ Например, Casetext предоставляет доступный отчет о том, как они пытаются улучшить свои критерии поиска в части релевантности. См. Search Results Evaluation Efforts at Casetext. URL: <https://casetext.com/blog/search-results-evaluation-efforts-at-casetext/> (дата обращения: 1.11.2021).

этого выбора. Возможно, стоит дополнить программы юридического образования таким образом, чтобы информировать будущих юристов о вариантах дизайна, а также о возможностях и ограничениях юридических технологий. Однако остается неясным, достаточны ли будут эти меры для того, чтобы применяемые юридические технологии с присущими им возможностями и ограничениями не влияли на формирование как содержания, так и структуры права. Теоретически снизить этот риск можно, используя юридические технологии только параллельно с традиционными методами. Например, юристы могут дополнять свою работу использованием поисковых систем на таких платформах, как Westlaw или Lexis Nexis, исследованиями с использованием других ресурсов: коммерческих поисковых систем, специализированных публикаций или блогов и, конечно же, собственных знаний в предметной области. Но это именно то, в чем, как утверждают разработчики юридических технологий, больше нет необходимости.

На практике трудно понять, в какой степени результаты применения юридической технологии формируют оценку юристом закона и стратегию, которая будет принята в конкретном случае. В момент взаимодействия можно утверждать, что неотъемлемого присутствия «человека в технологической среде» достаточно, чтобы смягчить эффект применения любых, особенно нестандартных, выходных данных, полученных с использованием технологии. Такой способ снижения риска применения юридических технологий обычно используется в отношении автоматизированных систем принятия решений, которые имеют юридические последствия⁷². Но наличие «юриста в технологической среде» не очень помогает при применении многих юридических технических приложений, таких как системы юридического поиска и обеспечения разработки стратегии, которые мы обсуждали, в тех случаях, когда эффект от применения прогноза, выдаваемого программой, в момент его составления не влечет за собой каких-либо прямых изменений в правоприменении. Кроме того, в принципе у юриста есть возможность игнорировать предлагаемый машиной результат. При этом возлагать на него ответственность за неприменение системы значило бы игнорировать проблемы технологической нормативности, описанные выше. Условно контроль за «человеком в технологической среде» в таком случае будет выполнять как раз тот человек, который подвергается обсуждаемым нами нормативным воздействиям в результате применения технологий.

Заключение

Результат, основанный на технологических данных, привлекателен по многим причинам: снижение затрат, большая скорость обработки и большая пропускная способность в системе правосудия. Но это обманчивая привлекательность, которая легко может отвлечь нас от необходимости защищать сохранение процесса лингвистического творчества, составляющего основу юридической аргументации и облегчающего коммуникацию, которая является предварительным условием приемлемости закона в обществе.

Наша интуиция подсказывает, что что-то в процессе аргументации изменяется или теряется из-за интерполяции машинного вывода в объяснение клиентом своей позиции и выражение этой позиции адвокатом в суде. В конце концов юридическая технология, формирующая проекты документов, действует либо на основе закодированных правил, либо на основе статистического анализа. Она не слушает клиента и не имеет никакого (семантического/нормативного) понимания закона⁷³. Точно так же, хотя и менее непосредственно, лучшие на сегодня системы юридического поиска также влияют на представление правовой позиции стороной в судебном процессе, предоставляя материалы для подготовки аргументации в соответствии с исключительно статистическим понятием релевантности информации. В случаях применения обоих этих подходов к организации работы технологии возникает проблема ответственности результатов более широкому нормативному и историческому контексту правопорядка.

Можно возразить, что это не имеет значения, поскольку юридическая технология — это всего лишь подспорье, инструмент, который помогает, но не заменяет юриста. Мы не думаем, что этот аргумент выдерживает критику. Часто говорят: «Мы формируем наши инструменты, а затем наши инструменты формируют нас»⁷⁴. Мы полагаем, что использование этих систем заставляет нас думать, что они работают лучше людей. Тем не менее без возможности выслушать клиента или усвоить смысл правовых норм и принципов способности «интеллекта», который такая система использует для решения поставленных задач, ограничены. Его оценка того, похож ли один случай на другой, может быть основана только на заданных правилах или на более или менее сложном процессе сопоставления с образцом. Технология не может оценить, схожи ли дела по аналогии, поставлен ли на карту общий (а не специфичный для предметной области) принцип или можно ли достигнуть справедливого решения в конкретном деле на основе аргумента, который с точки зрения существующего прецедентного права может быть нетипичным или безнадёжным.

⁷² См.: ст. 22 Регламента ЕС о защите данных (GDPR).

⁷³ Результаты работы технологии нельзя сравнить с результатами работы неопытного или младшего юриста. Младший юрист может совершать ошибки, но он обладает как способностью слушать, так и чувством справедливости или беспристрастности, которых не хватает машине.

⁷⁴ Этот афоризм очень часто приписывают Маршаллу Маклюэну (Marshall McLuhan), см. также *Kuskis A. We Shape Our Tools and Thereafter Our Tools Shape Us*. URL: <https://mcluhangalaxy.wordpress.com/2013/04/01/we-shape-our-tools-and-thereafter-our-tools-shape-us/> (дата обращения: 31.10.2021) (предположение, что цитата принадлежит Джону Калкину (John Calkin), другу Маклюэна).

Сочетание перспективности использования этих систем (которые, в конце концов, продаются на том основании, что они обеспечивают «лучшее качество») и существующих ограничений в части результатов, которые они предоставляют, может фактически означать, что «третий голос» — не клиента и не закона — вводится в процесс аргументации. Мы считаем, что это приводит к возникновению проблем и может иметь далеко идущие последствия не только для определенного судебного спора, но и, что более важно, для нормативной структуры права в целом. Обязанность доказать обратное лежит на юристах и производителях юридических технологий. Закон — это не только правила и статистика. Юристов не следует убеждать в том, что стоит по-другому воспринимать закон и право. Люди должны быть способны отстаивать свое мнение и иметь возможность добиваться изменения закона. «Сущностные» аспекты юридической аргументации требуют, чтобы юристы обладали свободой применения таких возможностей.

Литература / References

1. Bankowski, Z. Don't Think About It Legalism and Legality. In M. M. Karlsson, O. Pall Jonsson and E. M. Brynjarsdottir (eds), *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
2. Bell, R., Abela, C. A Lawyer's Duty to the Court. Proceedings of a Symposium on Professionalism, 2012. URL: http://advokat-id.ru/wp-content/uploads/2018/06/11024_10167_CEA-A-Lawyers-Duty-to-the-Court.pdf (дата обращения: 1.11.2021).
3. Brownsword, R. Technological Management and the Rule of Law. *Law, Innovation and Technology*, 2016. Vol. 8. P. 100.
4. Cabitza, F. Breeding Electric Zebras in the Fields of Medicine [Electronic resource]. URL: <https://arxiv.org/abs/1701.04077> (дата обращения: 22.08.2022).
5. Chalkidis, I. [et al.]. LEGAL-BERT: The Muppets Straight out of Law School. Findings of the Association for Computational Linguistics: EMNLP 2020 (Online: Association for Computational Linguistics, 2020). URL: <https://aclanthology.org/2020.findings-emnlp.261> (дата обращения: 31.10.2021).
6. Cheek, E. Which Types of Briefs Can You Draft Using Compose? URL: <https://help.casetext.com/en/articles/4044930-which-types-of-briefs-can-you-draft-using-compose> (дата обращения: 1.11.2021).
7. Cobbe, J. Legal Singularity and the Reflexivity of Law. In S. Deakin and Ch. Markou (eds). *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, 2020.
8. Diver, L. Normative Shortcuts and the Hermeneutic Singularity. URL: <https://www.cohubicol.com/blog/normative-shortcuts-and-the-hermeneutic-singularity> (дата обращения: 1.11.2021).
9. Diver, L. *Digisprudence: Code as Law Rebooted*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2022.
10. Dijk, N. van The Life and Deaths of a Dispute: An Inquiry into Matters of Law. In K. McGee (ed.). *Latour and the Passage of Law*. Edinburgh University Press, 2015.
11. Esposito, E. Transparency vs. Explanation: The Role of Ambiguity in Legal AI. *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law*, 2021. Vol. 1. No. 1. P. 1–13.
12. Ethics in Law. Law Society of England and Wales [Electronic resource]. URL: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/regulation/ethics-in-law> (дата обращения: 1.11.2021).
13. Fish, S. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989.
14. Gaakeer, J. *Judging from Experience: Law, Praxis, Humanities*. Edinburgh University Press, 2019.
15. Gadamer, H.-G. *Truth and Method*. Translation by J. Weinsheimer, D. G. Marshall. London: Bloomsbury, 2013.
16. Gardner, J. The Mark of Responsibility. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003. Vol. 23.
17. General Terms of Use. Jus Mundi. [Electronic resource]. URL: <https://jusmundi.com/en/terms-of-use> (дата обращения: 1.11.2021).
18. G'sell, F. Predicting Courts. Decisions Is Lawful in France and Will Remain So. URL: <https://gsell.tech/en/predicting-courts-decisions-is-lawful-in-france-and-will-remain-so/> (дата обращения: 30.09.2021).
19. Harvey, D. J. *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Digital Age*. Bloomsbury, 2017.
20. Hildebrandt, M. Code-Driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past. In S. F. Deakin, C. Markou (eds). *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Oxford, UK; New York, NY: Hart, 2020.
21. Hildebrandt, M. Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics. *University of Toronto Law Journal*, 2018. No. 68.
22. Hildebrandt, M. Legal and Technological Normativity: More (and Less) than Twin Sisters. *Techné: Research in Philosophy and Technology*, 2008. No. 12.
23. Hildebrandt, M. Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning. *Theoretical Inquiries in Law*, 2019. No. 20.
24. Hildebrandt, M. *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*. London: Edward Elgar Publishing, 2015.
25. Holmes, O. W. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 1897. No. 10.

26. Ihde, D. *Technology and the Lifeworld: From Garden to Earth*. Indiana University Press, 1990.
27. Katz, D. M. Quantitative Legal Prediction — or — How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data Driven Future of the Legal Services Industry. *Emory Law Journal*. 2012. No. 62.
28. Kerr, I. Prediction, Pre-Emption, Presumption: The Path of Law After the Computational Turn. In M. Hildebrandt and K. De Vries (eds.), *Privacy and Due Process After The Computational Turn: The Philosophy of Law Meets The Philosophy of Technology*. London: Routledge, 2013.
29. Kranzberg, M. *Technology and History: Kranzberg's Laws*. *Technology and Culture*, 1986. No. 27.
30. Kuskis, A. We Shape Our Tools and Thereafter Our Tools Shape Us [Electronic resource]. URL: <https://mcluhangalaxy.wordpress.com/2013/04/01/we-shape-our-tools-and-thereafter-our-tools-shape-us/> (дата обращения: 31.10.2021).
31. Latour, B. *Biography of an Inquiry: On a Book about Modes of Existence*. *Social Studies of Science*, 2013. No. 43.
32. *Lawtech and Ethics Principles*. Law Society of England and Wales, 2021 [Electronic resource]. URL: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/lawtech-and-ethics-principles-report-2021> (дата обращения: 31.10.2021).
33. *Lex Machina: Legal Analytics® for the Data-Driven Lawyer*. Lex Machina [Electronic resource]. URL: <https://lexmachina.com/wp-content/uploads/Legal-Analytics-for-Data-Driven-Lawyer.pdf> (дата обращения: 31.10.2021).
34. Livermore, M. A., Rockmore, D. N. (eds). *Law as Data: Computation, Text, and the Future of Legal Analysis*. Santa Fe: SFI Press, 2019.
35. MacCormick, N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2007.
36. MacCormick, N. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.
37. Mart, S. N. The Algorithm as a Human Artifact: Implications for Legal {Re}Search. *Law Library Journal*, 2017. No. 109.
38. Mason, S. Artificial Intelligence: Oh Really? And Why Judges and Lawyers Are Central to the Way We Live Now — but They Don't Know It'. *Computer and Telecommunications Law Review*. Vol. 23. Issue 8. 2017. P. 213–225.
39. McQuillan, D. Data Science as Machinic Neoplatonism. *Philosophy & Technology*, 2018. No. 31.
40. Meneceur, Y., Barbaro, C. Artificial Intelligence and the Judicial Memory: The Great Misunderstanding. *Les Cahiers de la Justice*. No. 2019/2. *Dalloz*. June 2019. P. 277–289.
41. Mitchell, T. M. *Machine Learning*. New York: McGraw-Hill, 1997.
42. O'Grady, J. Hits and Misses Part 4: Westlaw Edge — Hit, Miss or Hold Off? Customers Respond — Show Me the ROI! [Electronic resource]. URL: <https://www.deweybstrategic.com/2019/05/hits-and-misses-part-4-westlaw-edge-hit-miss-or-hold-off-customers-respond-show-me-the-roi.html> (дата обращения: 1.11.2021).
43. *Parallel Search (Casetext)* [Electronic resource]. URL: <https://casetext.com/parallel-search/> (дата обращения: 31.10.2021).
44. Paterson, A. *Duties to the Court*. *Law, Practice & Conduct for Solicitors*. 2nd edn., W Green/Thomson Reuters, 2014.
45. *Regulation and Compliance*. Law Society of Scotland [Electronic resource]. URL: <https://www.lawscot.org.uk/members/regulation-and-compliance/> (дата обращения: 1.11.2021).
46. Rouvroy, A., Stiegler, B. The Digital Regime of Truth: From the Algorithmic Governmentality to a New Rule of Law. *La Deleuziana: Online Journal of Philosophy*, 2016. No. 3.
47. Rovira, C., Codina, L., Lopezosa, C. Language Bias in the Google Scholar Ranking Algorithm. *Future Internet*, 2021. No. 13.
48. Sax, M. Optimization of What? For-Profit Health Apps as Manipulative Digital Environments. *Ethics and Information Technology*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3752597>
49. *Search Results Evaluation Efforts at Casetext* [Electronic resource]. URL: <https://casetext.com/blog/search-results-evaluation-efforts-at-casetext/> (дата обращения: 1.11.2021).
50. Smith, B. C. *The Promise of Artificial Intelligence: Reckoning and Judgment*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2019.
51. Strathern, M. Improving Ratings: Audit in the British University System. *European review*. 1997. No. 5.
52. Sætra, H. S. Robotomorphy. *AI Ethics*, 2022. No. 2. P. 5–13. <https://doi.org/10.1007/s43681-021-00092-x>.
53. THE FUTURE OF LAW Judge Analytics: Predicting The Behavior of the Courtroom's Boss. Lex Machina [Electronic resource]. URL: https://pages.lexmachina.com/Website_-Future-of-Law-Webcast_The-Future-of-Law-3.html (дата обращения: 31.10.2021).
54. Volokh, E. Chief Justice Robots. *Duke Law Journal*, 2018. No. 68.
55. Waddington, M. Research Note. Rules as Code. *Law in Context. A Socio-legal Journal*, 2020. No. 37.
56. Waldron, J. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, 2011. No. 50.
57. Where to Find Briefs. Supreme Court of the United States. [Electronic resource]. URL: <https://www.supremecourt.gov/meritsbriefs/briefsource.aspx> (дата обращения: 1.11.2021).
58. Winner, L. *Do Artifacts Have Politics?* Daedalus, 1980.

Личные неимущественные отношения в системе дуализма регулирования

Попондопуло Владимир Федорович, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права; e-mail: v.popondopulo@spbu.ru.

Аннотация

В основу исследования регулирования личных неимущественных отношений положен новый подход (теория) дуализма регулирования частных отношений, деления регулирования на правовое (саморегулирование) и нормативное. Природа частных отношений, выступающих предметом правового и нормативного регулирования, определяется не столько в законодательных положениях, лишь опосредованно отражающих их характер, сколько характером человеческой деятельности как самостоятельной деятельности индивида, осуществляемой им на свой риск в целях удовлетворения собственных потребностей посредством выбора подходящего варианта поведения. Система частных отношений определяет систему права, то есть набор его отраслей, выделяемых по особенностям проявления предмета регулирования, в том числе личное неимущественное право. Система частных отношений находит опосредованное отражение в законодательстве как внешней форме выражения системы права. Система права состоит не только из однородных прав (отраслей права), но и других подразделений права, не являющихся предметными подразделениями права: предпринимательское право, корпоративное право, право интеллектуальной собственности, семейное право, жилищное право, трудовое право, земельное право и др. Такие виды частных прав, являясь подотраслями или институтами права, имеют принадлежность одновременно к нескольким отраслям права (личному неимущественному, вещному, обязательственному или наследственному), но выделяются по какому-либо особому признаку (признакам) регулируемого отношения: по субъекту (например, предпринимательское право); по объекту (например, жилищное право) и т. п.; по особому сочетанию элементов, регулируемых отношений (например, право интеллектуальной собственности, международное частное право); по каким-либо другим признакам. Представленная методология исследования частных отношений, их правовых форм и публичной организации позволяет прояснить многие частные проблемы, в том числе вопрос о природе и законодательном отражении личного неимущественного права.

Ключевые слова: личные неимущественные отношения; система права; система законодательства; дуализм регулирования; правовое регулирование; нормативное регулирование.

Personal Non-Property Relations in the System of Dualism of Regulation

Vladimir F. Popondopulo

St. Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation)

Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Head of the Department of Commercial Law; e-mail: v.popondopulo@spbu.ru.

Abstract

The study of the regulation of personal non-property relations is based on a new approach (theory) of dualism of regulation of private relations, dividing regulation into legal (self-regulation) and normative. The nature of private relations, which are the subject of legal and regulatory regulation, is determined not so much in legislative provisions, only indirectly reflecting their nature, but by the direct nature of human activity, as an independent activity of the individual, carried out at his own risk in order to meet his needs through the choice of a suitable variant of behavior. The system of private relations determines the system of law, i. e. a certain set of its branches, distinguished by the peculiarities of the manifestation of the subject of regulation, including personal non-property law. The system of private relations is indirectly reflected in legislation as an external form of expression of the system of law. The system of law consists not only of homogeneous rights (branches of law), but also of other subdivisions of law that are not subject divisions of law: business law, corporate law, intellectual property law, family law, housing law, labor law, land law, etc. Such types of private rights, being sub-branches or institutions of law, belong simultaneously to several branches of law (personal non-property, property, law of obligation or inheritance), but are distinguished by

any special feature (signs) of regulated attitude: by subject, for example, business law; on the object, for example, housing law, etc.; on a special combination of elements regulated by relations, for example, intellectual property law, private international law; some other sign. The presented methodology for the study of private relations, their legal forms and public organization makes it possible to clarify many particular problems, including the question of the nature and legislative reflection of personal non-property rights.

Keywords: personal non-property relations; system of law; system of legislation; dualism of regulation; legal regulation; normative regulation.

Введение

Логика изложения материала в данной статье основана на новом подходе (теории) к системе регулирования общественных отношений — дуализме их регулирования: правовом и нормативном регулировании. В свете такого подхода по-новому определяется система права и законодательства, в частности виды отраслей и других подразделений права в системе права и их законодательное отражение, в том числе личное неимущественное право. Рассмотрим последовательно такие вопросы, как дуализм регулирования общественных отношений, частные отношения как предмет регулирования и методы их регулирования, отрасли права и другие подразделения системы права, личное неимущественное право в системе права и его законодательное отражение.

Дуализм регулирования общественных отношений

Дуализм регулирования общественных отношений, то есть деление его на правовое регулирование (саморегулирование) и нормативное регулирование, характерен только для сферы частных материальных отношений. Юрисдикционная (административная и судебная) форма реализации материальных отношений по определению является нормативной формой регулирования.

Дуализм регулирования объективен, поскольку основан на противоречии между частными интересами членов общества и общими интересами общества, которые необходимо сбалансировать, что и обеспечивается более или менее успешно нормативным регулированием.

Традиционное представление о дуализме права в нормативном его выражении, то есть делении его на частное и публичное (а не правовое и нормативное), некорректно, поскольку и так называемое частное право, и так называемое публичное право относятся к внешним формам выражения системы права, то есть к законодательству.

В юридической литературе уже отмечалось различие понятий дуализма права и дуализма регулирования, указывалось на то, что популярное еще со времен Древнего Рима деление права на публичное и частное в настоящее время несостоятельно, поскольку речь необходимо вести об использовании различных методов нормативного регулирования: в одних случаях основывающихся на властных предписаниях, исходящих от государства, а в других — на равенстве участников отношений¹, то есть о дуализме регулирования разных по природе общественных отношений.

Дуализм так называемого частного права (деление на гражданское и торговое право) и тем более плюрализм частного права² (деление на большее количество самостоятельных отраслей: гражданское, торговое, семейное, трудовое и т. д.) также не имеют объективных оснований, поскольку представляют собой известную условность, предопределяемую историческими традициями. Кстати, можно отметить, что в России до 1917 г. дуализм частного права официально не признавался, торговое право рассматривалось лишь как «совокупность норм частного права, общего и специального, имеющая применение к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей»³. В советский период получила распространение и продолжает существовать до сих пор дифференциация права на ряд самостоятельных отраслей права: гражданское право, семейное право, трудовое право, земельное право, природоресурсное право и ряд других отраслей.

Можно отчасти согласиться с Е. А. Сухановым, который пишет, что возвращение в России к традиционному разделению права на частное и публичное потребовало отказа от «наслоений» государственной экономики в гражданско-правовой сфере и известной переоценки правовой природы этих смежных с гражданским отраслей права⁴. Следует лишь уточнить, что речь нужно вести не о дуализме права (делении его на частное и публичное), а о дуализме регулирования общественных отношений.

Смешение права и его внешних форм выражения нередко ведет к ошибочной трактовке ряда институтов права, в результате чего появляются так называемые публичное юридическое лицо, публичная собственность, публичный

¹ *Семьякин М. Н.* Философская рефлексия гражданского (частного) права: продолжение старых традиций или новый цивилистический концепт? // Российский юридический журнал, 2013. № 1. С. 63–64.

² *Ровный В. В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999. С. 48.

³ *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. В 4 т. Т. 1. Введение. Торговые деятели. М., 2019. С. 25.

⁴ *Суханов Е. А.* О проблемах становления и развития российского частного права // Цивилистические записки: межвуз. сборник научных трудов. Вып. 3. М., 2004. С. 26–46.

договор, налоговое обязательство и тому подобные частно-публичные химеры. При правильной квалификации этих институтов они находят вполне определенное место либо в системе права (юридические лица, договоры, обязательства), либо в системе властных институтов (органы публичной власти, административные акты, налоговые обязанности).

Представленная общая методология исследования частных отношений, их правовых форм и публичной организации позволяет прояснить частные проблемы, как-то: систему права, ее отрасли и другие подразделения, внешние формы их выражения и многие другие, в частности вопрос о месте личного неимущественного права в системе права и его законодательного отражения. Рассмотрим сначала более общий вопрос о частных отношениях как предмете регулирования и методах их регулирования.

Частные отношения как предмет регулирования и методы их регулирования

В юридической литературе общепринятыми являются определения частного права, основанные на нормативном его понимании как системы законодательных норм, где акцент делается не на праве (праве человека в частных отношениях, его образовании и реализации), а на внешней форме выражения такого права (законодательных нормах), которая, как известно, может не вполне отражать либо вовсе не отражать право (неправовой закон). Вопрос о том, что собой представляют частные отношения, как они образуются, реализуются и регулируются в юриспруденции остается не вполне раскрытым.

Российские правоведы, определяя предмет и метод гражданского права, в основном пишут об имущественном характере отношений, отличающихся такими признаками, как самостоятельность их субъектов⁵, эквивалентный характер и стоимостная (товарно-денежная) форма⁶. В предмет гражданского права предлагалось включать также организационные отношения⁷. Позже в предмет гражданского права стали включать личные неимущественные отношения, связанные с имущественными, а затем и не связанные с имущественными, объединяя их таким общим качеством, как их взаимооценочный характер⁸. Законодатель пошел по пути установления незакрытого перечня отношений, регулируемых гражданским законодательством, обобщая их формулой «а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников» (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Не вдаваясь в анализ представленных точек зрения (об этом существует обширная литература), отметим следующее: природа частных отношений, выступающих предметом правового и нормативного регулирования, определяется не столько в законодательных положениях, опосредованно отражающих их характер, сколько характером человеческой деятельности как самостоятельной деятельности индивида, осуществляемой им на свой риск в целях удовлетворения собственных потребностей посредством выбора подходящего варианта поведения. Частные отношения основаны на взаимной оценке и признании каждым интересов другого. Действия индивида признаются правовыми, порождающими правовые последствия, если отсутствует явно выраженный акт их непризнания кем-либо. Это в равной мере характеризует как имущественные отношения (взаимная оценка имущественных возможностей друг друга, например признание владельца вещи ее собственником), так и неимущественные отношения (взаимная оценка качеств личности физического или юридического лица, например признание деловой репутации лица). Частные отношения, основанные на взаимной оценке, составляют предмет правового и нормативного регулирования. Перечисленные в п. 1 ст. 2 ГК РФ отношения подпадают под такое определение частных отношений, составляющих предмет законодательного регулирования.

Взаимооценочный характер частных отношений определяет также характер методов их регулирования: это, в первую очередь, *правовые методы* равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности участников частных отношений. Эти правовые методы регулирования частных отношений также нашли адекватное закрепление в п. 1 ст. 2 ГК РФ и стали *нормативными методами* регулирования частных отношений.

С юридической точки зрения человек, вступая в частные отношения, действует в целях приобретения и последующей реализации субъективных прав. Вся совокупность прав человека в частных отношениях составляет *право в объективном смысле* (частное право в традиционном выражении). Совокупность законодательных норм, регулирующих частные отношения, имеет своей целью защиту (всеми ветвями власти в пределах их компетенции) прав человека в частных отношениях от их нарушения со стороны других частных лиц, а также органов публичной власти и их должностных лиц. Законодательство имеет субъективный характер, поскольку зависит от усмотрения законодателя. Его можно назвать «*правом*» в *субъективном смысле*, но по существу это не право, а властное политическое установление.

⁵ См.: Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. Свердловск, 1959. С. 121.

⁶ См.: Венедиктов А. В. О системе Гражданского кодекса СССР // Советское государство и право, 1954. № 2. С. 26.

⁷ См.: Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права // Сов. государство и право, 1940. № 8–9. С. 61; Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право, 1966. № 10. С. 50–57.

⁸ Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988. С. 9.

Из этого следует, что существо *правового регулирования* частных отношений состоит в саморегулировании индивидами своих взаимоотношений, в совершении сделок и иных правомерных действий, признаваемых в качестве таковых другими и обществом в целом (включая законодателя). *Нормативное регулирование*, в том числе посредством гражданского законодательства, является субсидиарным средством регулирования частных отношений. Из этого также следует, что судам следует выносить определенные решения, вытекающие из существа спорных отношений, и в тех случаях, когда имеется пробел в нормативном регулировании, или даже тогда, когда закон препятствует вынесению правового решения (неправовой закон).

Такие выводы основаны на общих положениях о различии права (понятие, связанное с проявлением собственной воли человека) и закона как внешней формы выражения права (понятие, связанное с волей государства) и отказе от традиционного использования термина «право» для обозначения закона, от понимания дуализма (плюрализма) права (в смысле законодательства) как его деления на отрасли права, поскольку на самом деле оно отражает лишь внешние формы выражения права, то есть дифференциацию законодательных норм, регулирующих разные по природе общественные отношения. Термин «частное право» тавтологичен, поскольку частное означает правовое. Термин «публичное право» — внутренне противоречив, поскольку означает не право как таковое, а власть, основанную в лучшем случае на правовом законе.

Кроме того, право реализуется только в частной сфере жизни общества; «частное право» — это и есть право индивидов, проявляющееся в их волевых действиях, признаваемых другими членами общества и обществом в целом (законодательством). Использование термина «частное право» для обозначения определенной совокупности норм вводит в заблуждение, потому что таким образом понимаемое частное право представляет собой только внешнюю форму выражения *собственно права*, которое в свою очередь является первичным регулятором взаимоотношений частных лиц и обеспечивающим их интересы посредством *саморегулирования как метода их регулирования*.

Таким образом, правом, регулирующим частные отношения, является совокупность прав человека в частных отношениях как следствие его правомерных действий. Законодательство же, регулирующее частные отношения, — это совокупность законодательных и иных норм (и не только норм гражданского законодательства), представляющая собой внешнюю форму выражения права, то есть прав человека в частной сфере и в его отношениях с государством. Насколько нормативное регулирование и практика его применения соответствуют природе частных отношений и правам человека в них, насколько власть признает, соблюдает и защищает их, настолько такая практика может рассматриваться как правовая и в этом смысле конституционная (ст. 2 Конституции РФ). Это означает также, что права человека в частных отношениях нуждаются в нормативном регулировании лишь по необходимости, они должны защищаться в тех пределах, в которых их реализация не ущемляет прав других людей (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Приведенные выше рассуждения о частных отношениях как предмете правового и нормативного регулирования и соответствующих методах их регулирования позволяют представить *систему прав человека в частных отношениях* (систему «частного права»). Единство разнообразных частных отношений, определяющее предметное единство их правового и нормативного регулирования (единство права), предполагает также дифференциацию таких отношений как по особенностям проявления предмета регулирования (то есть разделение частных отношений на виды), так и по особенностям метода их регулирования.

Система права, его отрасли права и другие подразделения

Право в нашем понимании, обоснованном выше, может быть разделено на отрасли, как наиболее крупные структурные подразделения, а отрасли — на подотрасли и далее на институты и иные более мелкие совокупности прав. Такая дифференциация права определяется разделением частных отношений на группы в зависимости от целей деятельности индивидов, а также используемых ими средств достижения целей, порядка осуществления деятельности, ожидаемого результата и прочего. В каждом из таких подразделений права по-особенному проявляются предмет и методы правового и нормативного регулирования. Дифференциация права принципиально отличается от традиционной дифференциации права в его нормативном понимании на отрасли, институты и нормы.

К *отраслям права* следует отнести такие его предметные подразделения, как: а) личное неимущественное право, б) вещное право, в) обязательственное право и г) наследственное право. Если предметом регулирования в целом выступают частные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (п. 1 ст. 2 ГК РФ), то предметами (субпредметами) регулирования отраслей права являются виды отношений *того же рода*, регулируемые методами *того же рода*, проявляющиеся специфически, в зависимости от *вида* регулируемых отношений.

Так, *личные неимущественные отношения* возникают по поводу личных неимущественных благ, принадлежащих личности и осуществляемых ею по своему усмотрению. Никто не вправе вмешиваться в личную жизнь человека. Другие лица, а также государство обязаны воздерживаться от действий, препятствующих свободному осуществлению личных прав, являющихся по своей природе абсолютными.

Вещные отношения опосредуют процесс присвоения вещей, а с правовой точки зрения проявляются в монопольном владении, пользовании и распоряжении вещами по своему усмотрению в пределах, установленных законом. Это означает также, что другие лица, а также государство обязаны воздерживаться от действий, препятствующих свободному осуществлению вещного права как абсолютного права лица.

Обязательственные отношения опосредуют процесс перемещения имущественных благ из сферы одного лица в сферу другого лица. Реализация прав управомоченного лица (кредитора) в таких отношениях осуществляется посредством его требования, обращенного к обязанному лицу (должнику), и соответствующих активных действий обязанного лица.

Наследственное право имеет дело с отношениями, опосредующими переход имущества умершего лица к его наследникам посредством универсального правопреемства.

Отношения, выступающие предметом регулирования отраслей права, основаны на едином методе регулирования, отражающем единство права: равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников регулируемых отношений. В то же время метод регулирования отношений, составляющих предметы отраслей права, проявляется по-разному в зависимости от особенностей отношений, составляющих предметы отраслей права, — в пределах, установленных законом, частные лица свободно приобретают и осуществляют те или иные частные права: а) личные неимущественные права, б) вещные права, в) обязательственные права, г) наследственные права.

Каждая из представленных выше отраслей права может быть подразделена на *предметные подотрасли и институты права*. Например, обязательственное право может быть представлено такими подотраслями права, как договорное право, деликтное право. Договорное право, как подотрасль обязательственного права, подразделяется на институты права: договор купли-продажи, договор аренды, договор подряда и т. д.

Наряду с отраслями права, выделяемыми по особенностям проявления предмета регулирования, существуют *другие подразделения права*, не являющиеся предметными подразделениями права: предпринимательское право, корпоративное право, право интеллектуальной собственности, семейное право, жилищное право, трудовое право, природоресурсное право (земельное, лесное, водное и т. п.) и др. Такие виды частных прав, являясь подотраслями или институтами права, имеют принадлежность одновременно к нескольким отраслям права (личному неимущественному праву, вещному праву, обязательственному праву, наследственному праву), но выделяются по какому-либо особому признаку (особым признакам) регулируемого отношения: по субъекту (например, предпринимательское право); по объекту (например, жилищное право, земельное право и т. п.); по особому сочетанию элементов, регулируемых отношений (например, право интеллектуальной собственности, семейное право, международное частное право); по каким-либо другим признакам. Например, право интеллектуальной собственности, по существу, представляет собой совокупность абсолютных личных прав автора и основанных на них имущественных прав автора (ст. 1226 ГК РФ).

Такие права частных лиц обычно подвергаются более интенсивному нормативному регулированию и выражены вовне в виде отдельных законов, нередко кодифицированных (Предпринимательский кодекс, Семейный кодекс, Трудовой кодекс, Земельный кодекс и т. д.), что создает видимость их особой природы, позволяющей некоторым авторам квалифицировать их в качестве самостоятельных или комплексных отраслей права. Однако это не так. Если отрешиться от нормативистских представлений о праве и различать понятия права и закона, то становится понятно соотношение соответствующего вида права и тех публичных (нормативных) требований, в пределах которых такое право возникает и осуществляется.

В рамках более общего деления права частных лиц подразделяются на *регулятивные и охранительные права* (право на защиту), формой существования и реализации которых выступают соответственно регулятивные и охранительные правоотношения, являющиеся следствием нарушения регулятивных отношений.

Регулятивные права подразделяются на *абсолютные*, воплощающие монопольное право лица действовать по своему усмотрению в пределах, установленных законом (к ним относятся личное неимущественное право, вещное право), *относительные права*, выражающие право лица требовать от других совершения определенных действий (обязательственное право), и *наследственные права* — права лица распорядиться своим имуществом на случай смерти и права лица на наследование такого имущества.

Абсолютные права могут быть представлены такими их видами, как личное неимущественное право и вещное право. Абсолютное право предоставляет лицу монопольную возможность действовать по своему усмотрению в пределах, установленных законом, его реализация обеспечивается обязанностью других лиц воздерживаться от действий, препятствующих свободному осуществлению этого права. Обязанность других лиц воздерживаться от нарушения абсолютного права основана, прежде всего, на признании ими этого права (презумпция признания), а также законодательном закреплении такой обязанности. Следовательно, в случае нарушения абсолютного права (абсолютного регулятивного правоотношения) его обладатель вправе требовать от правонарушителя устранения препятствий в осуществлении своего права, например опубликовать опровержение не соответствующих действительности, порочащих лицо сведений, возратить неправомерно удерживаемую вещь, возместить причиненные вред и т. д. Реализация таких требований осуществляется в рамках охранительного материального отношения

(частного отношения), поскольку его реализация возможна в добровольном порядке. Кроме того, охрана абсолютных отношений осуществляется нормами законодательства (гражданского, административного, уголовного, процессуального), которые применяются субсидиарно в случае обращения обладателя абсолютного права за защитой к государственному аппарату принуждения.

ГК РФ предусмотрены различные способы защиты абсолютных прав: признание права; опровержение сведений, порочащих честь и достоинство лица; истребование имущества из чужого незаконного владения (виндикация), возмещение причиненного вреда, оспаривание сделки (реституция) и т. д. Из этого видно, что последствия нарушения вещного права могут реализоваться в рамках разных по природе охранительных отношений, например охранительных отношений по защите права на имя, права на авторство, вещного права (например, виндикационное отношение), обязательственного права (например, деликтное обязательство), права на реституцию. Охранительное отношение может охватывать несколько последствий нарушения, например требование о возврате вещи и возмещении причиненного вреда.

В случаях, связанных с нарушением норм административного, уголовного, процессуального законодательства, последствия правонарушения реализуются в рамках соответствующих охранительных властеотношений. В частности, охране собственности посвящены нормы гл. 7 КоАП РФ «Административные правонарушения в области охраны собственности», нормы гл. 21 УК РФ «Преступления против собственности», различные нормы процессуальных кодексов.

Любые подразделения системы права определяются своеобразием действий человека в частных отношениях, признаваемых другими членами общества и обществом в целом (законодательством) в системе действий, влекущих возникновение частных отношений, а, следовательно, также формирование соответствующего права и его осуществление.

Во все время подразделения права находят свое выражение во внешних формах (законодательстве, обычаях, прецедентах), отражающих особенности нормативного регулирования соответствующих частных отношений. Внешние формы выражения подразделений системы права, прежде всего законодательные акты, сочетают в себе не только соответствующие нормы, регулирующие частные отношения *методом равенства*, но и нормы, регулирующие соответствующие отношения *методом власти и подчинения*, которыми устанавливаются ограничения свободы усмотрения частных лиц. Соотношение указанных законодательных норм в том или ином законодательном акте обеспечивает баланс интересов частного лица и интересов, взаимодействующих с ним других лиц, включая общество в целом. Обратимся теперь непосредственно к характеристике личного неимущественного права.

Личное неимущественное право в системе права и его законодательное отражение

Нельзя не заметить, что вещное право, обязательственное право и наследственное право представлены в ГК РФ соответствующими разделами, а личное неимущественное право такого раздела в ГК РФ не имеет. Соответствующие нормы разрознены и представляют собой отдельные статьи в разделе I «Общие положения» (например, ст. 19 «Имя гражданина», ст. 54 «Наименование, место нахождения и адрес юридического лица», гл. 8 «Нематериальные блага и их защита»), а также ряд статей в разделе VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации».

Отсутствие полноценного раздела ГК РФ, посвященного личным неимущественным правам, объясняется рядом авторов главным образом тем, что такие права в их ненарушенном состоянии не регулируются, а в случае их нарушения защищаются⁹. Другие авторы полагают, что указанные отношения могут регулироваться законом и до момента их нарушения¹⁰. В настоящее время эта дискуссия по существу утратила значение, поскольку в предмет регулирования действующего ГК РФ включены личные неимущественные отношения, независимо от того, связаны они с имущественными или не связаны (в первоначальной редакции ст. 2 в предмет регулирования ГК РФ были включены только личные неимущественные отношения, связанные с имущественными).

Прежде всего отмечу, что отсутствие полноценного раздела ГК РФ, посвященного личным неимущественным правам, не отвечает значению таких прав. В современном мире личные неимущественные права человека, в особенности такие, как право на жизнь и здоровье, личную свободу и другие блага, неотделимые от личности, приобретают первостепенное значение. Если в советские времена отсутствие регулирования личных неимущественных отношений в рамках кодифицированного акта объяснялось незначительным удельным весом таких отношений и неразвитостью теории личных неимущественных прав¹¹, то с возрастанием ценности духовного начала в современном обществе, с принятием Конституции РФ, провозгласившей человека, его права и свободы высшей ценностью,

⁹ См.: *Иоффе О. С.* Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права // Советское государство и право, 1966. № 7. С. 51–59.

¹⁰ См.: *Красавчикова Л. О.* Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994. С. 23.

¹¹ См.: *Венедиктов А. В.* О системе Гражданского кодекса СССР // Советское государство и право, 1954. № 2. С. 28.

вполне определенно проявилась потребность в выделении в ГК РФ отдельного раздела «Личное неимущественное право» наряду с такими разделами, как вещное право, обязательственное право, наследственное право.

Личное неимущественное право, как отрасль права, регулирует частные отношения, возникающие по поводу неимущественных благ, индивидуализирующих личность. Личные неимущественные отношения основаны на равенстве, автономии воли и самостоятельности их участников: обладателя личного неимущественного права и других лиц, признающих личные неимущественные права обладателя и обязанных не препятствовать ему свободно осуществлять их. Взаимная оценка лиц, как проявление метода регулирования частных отношений, характерна для всех частных отношений (не только имущественных, в которых оценивается меновая стоимость имущества). В личных неимущественных отношениях взаимная оценка проявляется себя как *оценка достоинства личности*.

Признание другими лицами личных неимущественных прав, индивидуализирующих их обладателя как личность, происходит посредством выявления и оценки ее социальных качеств. Здесь следует пояснить, что признание права — это не только средство (способ) судебной защиты гражданских прав, в тех случаях когда они нарушены (ст. 12 ГК РФ), но и средство их регуляторной (законодательной) защиты, как способ нормативной фиксации (признания) принадлежности права лицу.

Как и любые общественные отношения и права, личные неимущественные отношения и личные неимущественные права возникают в результате взаимодействия между людьми. Следовательно, законодательство регулирует поведение в рамках соответствующих отношений, признавая принадлежность таких прав частным лицам, их способность осуществлять эти права по своему усмотрению в пределах, установленных законом. Применительно к абсолютным личным неимущественным отношениям и правам это означает, что управомоченный может требовать от всех окружающих его лиц воздержания от любых действий, ущемляющих его права: права на жизнь, здоровье, личную свободу, имя, честь, достоинство и др.

Личные неимущественные отношения являются абсолютными, поскольку индивидуальные качества личности проявляются лишь в сравнении со всеми другими окружающими ее лицами, — например, отношения, возникающие по поводу имени, чести и достоинства человека. Правовой формой таких отношений выступает регулятивное личное неимущественное правоотношение, в рамках которого существует и реализуется личное неимущественное право, в соответствии с которым управомоченный субъект имеет право требовать от всех окружающих его лиц воздержания от любых действий, препятствующих действительной оценке его индивидуальных особенностей как личности. Представляется, что в содержание указанного абсолютного права входят также другие возможности управомоченного лица, которые по аналогии с вещным правом можно условно определить как права владения (обладания) личным неимущественным благом, пользования и распоряжения им по собственному усмотрению в пределах, установленных законом. Так, в соответствии с п. 1 ст. 152.1 ГК РФ возможно заключение соглашения об обнародовании и дальнейшем использовании изображения человека, а в соответствии с п. 2 ст. 1027 ГК РФ в рамках договора коммерческой концессии возможно использование деловой репутации правообладателя.

Учитывая абсолютность личных неимущественных прав, их первичность по отношению к имущественным правам, соответствующие нормы следует разместить в ГК РФ непосредственно после общих положений перед разделом о вещном праве. Такой подход нашел закрепление в законодательстве ряда стран, например в ГК Украины (ст. 269–315).

Личные неимущественные отношения могут быть как связаны с имущественными отношениями, так и не связаны с ними. Предмет личных неимущественных прав, как особой отрасли права, подлежащей отражению в отдельном разделе ГК РФ, образуют лишь те личные неимущественные отношения, которые не связаны с имущественными. Личные неимущественные отношения, связанные с имущественными, подлежат регулированию другими подразделениями ГК РФ. Например, авторские отношения (право автора на результат творческой деятельности), семейные отношения (право родителей на воспитание детей), являясь личными неимущественными отношениями и, следовательно, предметом отрасли личного права, связаны с имущественными отношениями (по использованию результатов интеллектуальной деятельности, по использованию семейного имущества и т. д.) и поэтому регламентируются соответственно в таких подразделениях гражданского законодательства, как право интеллектуальной собственности и семейное право.

Личное неимущественное право, как отрасль права, подразделяется на подотрасли и институты права, что предопределяется дифференциацией личных неимущественных отношений. С точки зрения законодательного регулирования имеет определенное не только теоретическое, но и практическое значение вопрос о том, как должен быть структурирован проектируемый раздел ГК РФ «Личное неимущественное право»: путем исчерпывающего перечня соответствующих прав¹² или посредством примерного перечня и указания на критерии, позволяющие определить право как личное неимущественное право, подлежащее признанию и защите¹³. Не вдаваясь в оценку представленных в литературе классификаций личных неимущественных прав¹⁴, отметим, что правильным является второй

¹² См.: *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 85.

¹³ См.: *Аскиназий С. И.* Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII Съезда ВКП(б) // Советская юстиция, 1939. № 14. С. 38–39.

¹⁴ См. обзор: *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988. С. 126–135.

подход. Дело в том, что свобода проявления личности предполагает возможность возникновения прав, не предусмотренных законом, и поэтому не должна определяться посредством закрытого законодательного перечня (нормативистский подход). Свобода проявления личности должна определяться пределами, установленными законом, то есть законодательными положениями о том, что нельзя делать, как нельзя себя проявлять вовне (см., например, запреты и ограничения применительно к фирменному наименованию, установленные п. 4 ст. 1473 ГК РФ).

Литература

1. *Агарков М. М.* Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право, 1940. № 8–9. С. 52–72.
2. *Алексеев С. С.* Предмет советского социалистического гражданского права. Свердловск, 1959. 336 с.
3. *Аскиназий С. И.* Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII Съезда ВКП(б) // Советская юстиция, 1939. № 14. С. 37–44.
4. *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. 197 с.
5. *Венедиктов А. В.* О системе Гражданского кодекса СССР // Советское государство и право, 1954. № 2. С. 26–40.
6. *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988. 174 с.
7. *Иоффе О. С.* Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права // Советское государство и право, 1966. № 7. С. 51–59.
8. *Красавчиков О. А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право, 1966. № 10. С. 50–57.
9. *Красавчикова Л. О.* Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994. 200 с.
10. *Ровный В. В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999. 310 с.
11. *Семякин М. Н.* Философская рефлексия гражданского (частного) права: продолжение старых традиций или новый цивилистический концепт? // Российский юридический журнал, 2013. № 1. С. 56–65.
12. *Суханов Е. А.* О проблемах становления и развития российского частного права. Цивилистические записки: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. М., 2004. С. 26–46.
13. *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. В 4 т. Т. 1. Введение. Торговые деятели. М., 2019. 397 с.

References

1. Agarkov, M. M. Subject and System of Soviet Civil Law [Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava]. Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo], 1940. No. 8–9. P. 52–72.
2. Alekseev, S. S. Subject of Soviet Socialist Civil Law [Predmet sovetskogo sotsialisticheskogo grazhdanskogo prava]. Sverdlovsk, 1959. 336 p.
3. Askinaziy, S. I. Basic Issues of the Civil Code of the USSR in the Light of Decisions XVIII of the Congress of the All-Union Communist Party (Bolsheviks) [Osnovnye voprosy Grazhdanskogo kodeksa SSSR v svete resheniy XVIII S"ezda VKP(b)]. Soviet Justice [Sovetskaya yustitsiya], 1939. No. 14. P. 37–44.
4. Bratus, S. N. Subject and System of Soviet Civil Law [Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava]. M., 1963. 197 p.
5. Egorov, N. D. Civil-Legal Regulation of Public Relations [Grazhdansko-pravovoe regulirovanie obshchestvennykh otnosheniy]. L., 1988. 174 p.
6. Venediktov, A. V. On USSR Civil Code System [O sisteme Grazhdanskogo kodeksa SSSR]. Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo], 1954. No. 2. P. 26–40.
7. Ioffe, O. S. Personal Non-Property Rights and Their Place in the System of Soviet Civil Law [Lichnye neimushchestvennye prava i ikh mesto v sisteme sovetskogo grazhdanskogo prava]. Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo], 1966. No. 7. P. 51–59.
8. Krasavchikov, O. A. Civil Organizational and Legal Relations [Grazhdanskie organizatsionno-pravovye otnosheniya.]. Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo], 1966. No. 10. P. 50–57.
9. Krasavchikova, L. O. The Concept and System of Personal Non-Property Rights of Citizens (Individuals) in Civil Law of the Russian Federation [Ponyatie i sistema lichnykh neimushchestvennykh prav grazhdan (fizicheskikh lits) v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii]. Ekaterinburg, 1994. 200 p.
10. Rovniy, V. V. Problems of Unity of Russian Private Law [Problemy edinstva rossiyskogo chastnogo prava]. Irkutsk, 1999. 310 p.
11. Semyakin, M. N. Philosophical Reflection of Civil (Private) Law: Continuation of Old Traditions or a New Civil Concept? [Filosofskaya refleksiya grazhdanskogo (chastnogo) prava: prodolzhenie starykh traditsiy ili novyy tsivilisticheskiy kontsept?] Russian Law Journal, 2013. No. 1. P. 56–65.
12. Sukhanov, E. A. On the Problems of Formation and Development of Russian Private Law [O problemakh stanovleniya i razvitiya rossiyskogo chastnogo prava]. Civilistic Notes: Interuniversity. Collection of Scientific Works. Issue 3 [Tsivilisticheskie zapiski: mezhvuzovskiy. sbornik nauchnykh trudov. Vypusk 3]. M., 2004. P. 26–46.
13. Shershenevich, G. F. Commercial Law Course. In 4 vol. Vol. 1. Introduction. Traders [Kurs torgovogo prava. V 4 t. T. 1. Vvedenie. Torgovye deyatel]. M., 2019. 397 p.

Этические и правовые дилеммы эпохи глобальной пандемии¹

Дидикин Антон Борисович, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
доктор философских наук, профессор факультета права; e-mail: abdidikin@bk.ru.

Тринитка Дарья Геннадьевна, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
преподаватель факультета права; e-mail: d.trinitka@hse.ru.

Аннотация

Статья посвящена анализу современных тенденций формирования этических и правовых дилемм в обществе под влиянием глобальной пандемии. На основе рассмотрения ключевых аргументов, характеризующих доминирующие формы правового дискурса в современной философии права, авторы обосновывают ряд противоречий, к которым приводят реалистические представления о праве и возможности прямого использования в практике правоприменения данных эмпирических наук. Рассмотрены ключевые социальные проблемы и вызовы, сложившиеся под влиянием пандемии, а также возможности преодоления противоречий между ценностными установками граждан, необходимостью обеспечения правовых принципов и восстановления эффективного диалога между властью и обществом при применении чрезвычайных мер.

Ключевые слова: философия права; этика; метафизический реализм; правовой конвенционализм; пандемия; гражданская ответственность; самоизоляция; публичный диалог; ценности; правовые принципы.

Ethical and Legal Dilemmas in the Age of a Global Pandemic²

Anton B. Didikin
National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
Doctor of Sciences (Philosophy), Professor of Law Faculty, e-mail: abdidikin@bk.ru.

Darya G. Trinitka
National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
Lecturer at Law Faculty; e-mail: d.trinitka@hse.ru.

Abstract

The paper is devoted to the analysis of current trends in the formation of ethical and legal dilemmas in society under the influence of a global pandemic. Based on the consideration of the key arguments characterizing the dominant forms of legal discourse in the modern philosophy of law, the authors justify a number of contradictions that lead to realistic ideas about law and the possibility of direct use in the practice of law enforcement of these empirical sciences. The key social problems and challenges that have developed under the influence of the pandemic are considered, as well as the possibilities of overcoming contradictions between the values of citizens, the need to ensure legal principles and restore an effective dialogue between the authorities and society when applying emergency measures.

Keywords: philosophy of law; ethics; metaphysical realism; legal conventionalism; pandemic; civil responsibility; self-isolation; public dialogue; values; legal principles.

Глобальная пандемия, связанная с распространением коронавирусной инфекции, за последние два года стала одним из наиболее важных вызовов существующей социальной реальности и объектом осмысления многих научных дисциплин. На протяжении столетий человеческая цивилизация не раз сталкивалась с эпидемиями, однако они

¹ Статья подготовлена в рамках научно-исследовательского проекта НИУ ВШЭ «Этика и право: соотношение и механизмы взаимовлияния».

² The article was prepared as part of the research project of the National Research University Higher School of Economics "Ethics and Law: Correlation and Mechanisms of Mutual Influence".

не имели таких масштабных последствий с точки зрения влияния на социальную среду и в значительной степени носили временный характер, а впоследствии создавали у общества возможность противодействия новым эпидемиям. Сложность философского осмысления пандемии в наши дни состоит в том, что она превращается в элемент повседневной жизни каждого человека. Ограничения массовых мероприятий, режим самоизоляции и карантина, удаленная работа — эти понятия прочно вошли в бытовую жизнь граждан. Наряду с этим вокруг глобальной пандемии формируется обширное информационное пространство, создающее разные источники получения данных у людей относительно характера и диагностики заболевания коронавирусной инфекцией, не всегда содержащие достоверную и проверяемую информацию. Такое положение дел способствует формированию атмосферы недоверия к реализуемым мерам противодействия пандемии, сомнений в эффективности уже принятых решений. Органы публичной власти реагируют на пандемию ситуативно и хаотично, отказываясь от публичного диалога с обществом в выработке совместных усилий по борьбе с инфекцией (отдельные страны, наподобие Австралии, прибегали к длительному режиму локдауна, существенно ограничивающему права граждан без достаточных на то оснований)³. Нельзя не отметить и стремительное развитие цифровых технологий в условиях глобальной пандемии, поскольку и торговля, и трудовая деятельность, и культурная жизнь переместились в виртуальную форму, создавая причудливые сочетания гибридного типа (офлайн и онлайн одновременно). Это неизбежно формирует новый уровень цифровой грамотности у граждан, не имеющих возможности другими способами поддерживать социальные связи и коммуникации, и одновременно с этим социальные проблемы и технологические вызовы для разных социальных групп и сообществ.

Отмеченные тенденции подтверждают актуальность концептуального осмысления происходящих событий с точки зрения философско-правового дискурса. Очевидно, что сложившиеся подходы к пониманию природы права и правовых институтов, гармонизации правовых и моральных предписаний с целью рационального воздействия на поведение людей, не соответствуют уровню возникающих социальных проблем и требуют переосмысления в новых условиях. В статье предпринимается попытка рассмотреть современный философско-правовой дискурс с позиции возможного применения в нем экспертных оценок, результатов общественных дискуссий, форм выражения публичного мнения заинтересованными участниками.

Метафизический реализм и конвенционализм в философско-правовом дискурсе

Что представляет собой современная философия права? Это, прежде всего, сочетание двух взаимосвязанных, но в то же время идейно различающихся традиций философских рассуждений о праве — аналитической и континентальной. Континентальная традиция содержательно является *антисциентистской*, направленной на философское осмысление правовых явлений в контексте ценностей, метафизических сущностей, тесной связи права с этическими постулатами, культурой и социальной средой. Несмотря на широкий подход к осмыслению природы права, в континентальной традиции сложилось устойчивое недоверие к строгим логически обоснованным конструкциям, попыткам применения методов точных наук к области правового регулирования. Само юридически значимое поведение субъектов рассматривается в континентальной традиции как ситуативное, иногда иррациональное, а потому требующее юридической оценки с позиции действующих правовых норм. Отсюда многообразие философско-правовых концепций, сложившихся в недрах континентальной традиции, и их тесная связь с правовыми институтами романо-германской правовой семьи (в частности, феноменология права, правовая герменевтика, теологические концепции естественного права и др.). Аналитическая традиция, напротив, основывается на философских рассуждениях о праве в духе *сциентизма*, изучения грамматики юридического языка, логики юридической аргументации и в целом активного обоснования нормативного подхода к праву, поскольку выход за рамки нормативной природы права вызывает у аналитических философов права определенное недоверие и скептицизм⁴. Для отечественной традиции философии права характерно внимание к социальной природе правовых институтов (под влиянием марксизма), попытки сформулировать концепции интегративной юриспруденции с целью гармонизации существующих подходов к пониманию сущности права⁵.

Вплоть до 70-х гг. XX в. в философии права наблюдалось устойчивое разделение аналитической и континентальной традиций. Однако фундаментальный характер вопросов о природе правовой реальности, эпистемологических средствах познания правовых явлений, взаимосвязи этических и правовых предписаний в механизме регулирования поведения граждан способствовал сближению теоретических подходов. Так, например, методологическую основу аналитической философии права изначально составляли базовые установки и аргументы правового позитивизма, предполагающие жесткое разделение права и морали (в интерпретации Дж. Остина и отчасти И. Бенгама),

³ *Daly T.* Securing Democracy: Australia's Pandemic Response in Global Context. Melbourne School of Government: Governing During Crises Policy Brief Series. No. 1 (3 June 2020). URL: <https://ssrn.com/abstract=3775908> (date of access: 02.02.2022).

⁴ *Бикс Б.* Концептуальные вопросы и юриспруденция // Труды Института государства и права РАН, 2020. Т. 15. № 5. С. 52–73.

⁵ *Ромашов Р. А.* Интегральная юриспруденция и энциклопедия права: историко-методологический анализ // Правоведение, 2013. № 3 (308). С. 105–120.

нормативного и фактического в праве, а также обоснование различия между источниками появления правовых и моральных обязательств, но позднее позитивистская аргументация становится более гибкой и изменчивой. Ключевой аргумент философско-правовой концепции Г. Харта о том, что среди субъективных прав, конституируемых правилом признания (чаще всего нормами конституции), можно обнаружить и моральные права, имеющие естественно-правовую природу (как, например, право на свободу), вызвал теоретические разногласия и стал по существу уступкой в пользу признания минимального морального содержания в праве. Примером дебатов по данному вопросу стала дискуссия Г. Харта с П. Девлином о пределах государственного принуждения с помощью уголовно-правовых мер и вмешательства в частную жизнь граждан, не завершенная до настоящего времени⁶.

В 70-е гг. XX в. разграничение аргументов *экслюзивного* и *инклюзивного* правового позитивизма с точки зрения воздействия моральной аргументации на принятие правовых решений станет поводом к сближению различных теоретических позиций. Сторонники экслюзивного правового позитивизма (Дж. Раз, А. Мармор и С. Шапиро) полагали, что право не может включать в себя принципы помимо правовых норм, а если закон вдруг отсылает к принципам, то судья фактически выступает в роли законодателя, который должен с помощью толкования данных принципов урегулировать возникший правовой спор⁷. В *экслюзивном правовом позитивизме* не остается места для превращения моральных принципов в правовые, поскольку природа права проистекает из социальных фактов и особых видов источников права. Право и мораль являются разными регуляторами поведения людей, а потому исключена возможность даже частичного совпадения их границ. *Инклюзивный правовой позитивизм* (М. Крамер, Дж. Коулман, У. Валучов и К. Химма) возникает как теоретическая позиция, допускающая *концептуальную возможность* использования моральных критериев для определения действия и содержания права⁸. Такая возможность вполне реализуема на практике, если судьи или органы публичной власти прибегают к моральной аргументации при принятии правовых решений.

Однако в этот же период появляются попытки обоснования идей *метафизического реализма* с целью совершенствования доминирующего в западной юриспруденции философско-правового дискурса. Такая реалистическая позиция направлена на сближение аргументации аналитической и континентальной традиций в философии права и допускает заимствование аргументов из области естественных наук (и медицины в том числе) в сфере права. Ключевые положения метафизического реализма, несмотря на их теоретическую незавершенность, можно свести к следующим положениям:

- признание объективного характера исследуемых сущностей, существование которых не зависит от индивидуального восприятия этих сущностей (тезис, близкий позиции научного реализма в эпистемологии);
- признание корреспондентной теории истины как соответствия научных суждений объективной реальности;
- логическая корректность научных суждений, в том числе признание условно-правдоподобной семантики значений предложений и причинно-следственных связей для терминов естественных видов⁹.

Такие эпистемологические аргументы относительно природы правовой реальности наиболее глубоко в философии права разработал М. Мур, полагавший, что понимание юридических терминов в контексте метафизического реализма дает множество преимуществ, в частности возможность использовать в нормативных документах и при принятии правовых решений «общепринятые термины о значении слов»¹⁰. Если в аналитической философии права лингвоцентризм выступает основным принципом познания правовых явлений, то в концепции М. Мура язык рассматривается лишь как несовершенный инструмент для описания реальности. В социальных науках ученый должен заботиться о раскрытии истинной природы и сущности таких понятий, как «добродетель», «равенство», «жизнь» и «смерть», а не изучать вечно изменяющиеся и неопределенные лингвистические характеристики употребления слов «добродетель», «равенство» или «смерть». В метафизическом реализме М. Мура сам термин относится к естественному виду событий и фактов, происходящих в мире, что позволяет находить нужные символические языковые конструкции, чтобы именовать конкретные вещи и находить соответствие суждений внешнему миру¹¹. В таком случае использование терминов и их определений не всегда будет статичным, так как обстоятельства их применения могут изменяться.

Аргументы М. Мура направлены и против конвенционального понимания значений правовых понятий в аналитической философии права: если отношения между символами и вещами носят случайный характер, истина как соответствие реальности недостижима. Между тем даже в судебной практике существует немало случаев, когда судьи не занимаются поисками точных значений терминов, а используют определения, данные законодателем, не сталкиваясь с какой-либо неопределенностью. Юристам следует избегать создания собственных «юридических конструкций» в отношении процессов физической реальности и вместо этого ориентироваться на экспертные мнения

⁶ *Харт Г. Л. А.* Существуют ли естественные права // *Харт Г. Л. А.* Философия и язык права. М., Канон+, 2017. С. 116–134.

⁷ *Marmor A.* Exclusive Legal Positivism. Positive Law and Objective Values. New York, 2001. P. 49–70.

⁸ *Himma K. E.* Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? Ratio Juris. 2009. Vol. 22. № 1. P. 24–43.

⁹ *Bix B.* Law, Language, and Legal Determinacy. Clarendon Press, Oxford, 1993. P. 136.

¹⁰ *Moore M. S.* A Natural Law Theory of Interpretation. Southern California Law Review, 1985. No. 58. P. 322–323.

¹¹ *Op. cit.* P. 286.

компетентных ученых. Обычное значение и использование термина, а также наши представления о мире обеспечивают лишь фон, контекст, в котором мы интерпретируем законодательные определения. Для Мура законодательные определения, как и общепринятые определения, являются всего лишь «общепринятыми терминами реального или реалистического значения слов»¹², а судьям иногда может быть необходимо игнорировать законодательное определение, когда оно выполняется вопреки истинной природе того, что в определении выделено.

Одним из главных преимуществ метафизического реализма перед аналитическим конвенционализмом в правовом контексте является неподвижность и негибкость конвенционализма в историческом развитии последнего перед лицом исторического развития. Мур утверждал, что поскольку наше понимание объектов и процессов в мире меняется и улучшается со временем, конвенционализм не предлагает ни условий, ни механизмов для изменения наших определений терминов, чтобы успевать вслед за объективными изменениями языка и восприятия значений терминов людьми¹³. В рамках конвенционализма любая попытка применить старый термин к новым обстоятельствам должна быть охарактеризована как изменение значения этого термина.

В качестве примера, активно используемого в судебной практике, Мур приводит использование понятия «смерть». Когда-то люди приравнивали смерть к прекращению работы сердца и легких. Такие определения иногда включались в законодательные акты (например, определяя, когда органы человека могут быть извлечены для использования в трансплантационной хирургии). В последнее же время врачи получили возможность вернуть к жизни некоторых людей, у которых произошла остановка сердца и прекратился дыхательный процесс (в течение короткого промежутка времени). Тем самым врачи и законодатель вслед за ними в настоящее время склонны отождествлять смерть с прекращением работы мозга или с невосстановимостью его работы¹⁴.

В данной ситуации конвенционалисты не стали бы изменять значение слова «смерть». Если бы в законе, разрешающем трансплантацию, явно использовалось старое определение «смерти», мы все равно считали бы катастрофической ситуацию, при которой судья, полагаясь на старое определение смерти, разрешил бы удаление органа у человека, которого можно было бы вернуть к жизни¹⁵. Реалист же не ограничивает себя числом имеющихся значений слова «смерть». Нормативные определения являются не столько оговорками, сколько первоначальными оценками, подлежащими изменению под влиянием научно-технического прогресса. Поэтому законодательный орган должен иметь такие же реалистические намерения, как и другие субъекты коммуникации.

Однако в таких рассуждениях М. Мура возникают и существенные противоречия. Очевидно, что по мере появления новых научных достижений возможности трансплантации отдельных органов человека вплоть до их переноса в другое тело или клонирования функций человеческого организма неизбежно сталкиваются с этическими ограничениями хирургического вмешательства в человеческий организм или же нарушают сложившиеся представления о личности человека как сочетании социального, духовного и биологического в нем. Быть реалистом по отношению к таким открытиям не означает исключение конвенционализма по поводу принятия этических ценностей и руководства ими (в том числе ценностей жизни и здоровья как установок к поведению во взаимоотношениях с другими людьми).

Например, Мур задает в своих рассуждениях вопрос, как описать тех людей, чье сердце остановилось, но их еще можно реанимировать? Если методы реанимации не будут применены быстро, человек фактически умрет. Считается ли такой человек живым в этот «переходный период», даже если отсутствуют нормальные признаки жизни (например, дыхание и пульс)? Можно утверждать, что человек все еще жив (или по крайней мере «не умер»), потому что реанимация все еще возможна (смерть как событие происходит в тот момент, когда реанимация уже невозможна). Само по себе развитие медицины не будет менять представления и у конвенционалистов по поводу наступления смерти у человека, будут уточняться лишь детали поведения врачей и фиксации их усилий по спасению жизни пациентов¹⁶.

Однако нельзя не заметить, что во время заседаний комитетов врачей, констатирующих состояние пациентов, могут использоваться условные суждения, в частности вопрос «действительно ли этот пациент еще жив?» или же термины «жив», «действительно жив», «клиническая смерть», «неопределенность», «между жизнью и смертью» и др. Несмотря на реалистический характер таких суждений, они имеют и этическую нагрузку наряду с решением юридических вопросов¹⁷. Например, по вопросу «должна ли пациентка продолжать получать определенные формы лечения, несмотря на то, что она находится в постоянном вегетативном состоянии?» обсуждение будет вестись не с точки зрения различия позиций реализма и конвенционализма, а на основе доступной информации и проверки ее достоверности, поэтому ответы могут быть различными. Однако Мур убежден, что «метафизическая дискуссия по поводу реализма имеет практический смысл и имеет отношение к практическим проблемам, как в законодатель-

¹² Op. cit. P. 294.

¹³ Op. cit. P. 396. В конечном итоге из метафизического реализма логически следует и моральный натурализм. Так, М. Мур отмечает, что «даже [метафизический] реалист может и должен признать, что добродетели верховенства права также являются реальными ценностями, в том числе прошлые решения судов, которые имеют некоторую моральную силу» (*Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy*. Clarendon Press, Oxford, 1993. P. 372). Отсюда следует, что моральная сила прецедента имеет большее значение именно в уголовном праве с жесткими мерами принуждения, чем в других отраслях права.

¹⁴ Op. cit. P. 294.

¹⁵ Op. cit. P. 322–325.

¹⁶ Op. cit. P. 396.

¹⁷ *Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy*. Clarendon Press, Oxford, 1993. P. 142.

стве, так и в других местах»¹⁸, поскольку мнения судей, законодателя и госслужащих будут основываться на научных и проверенных данных, а вовсе не на конвенционализме.

Метафизический реализм для философии права выступает символом неуверенности в возможности установления точного значения правовых понятий. Ведь внутри конкретной теории невозможно отличить изменения в отношении к предмету от изменений в самом предмете. В этом смысле теоретические взгляды М. Мура близки семантической концепции Д. Бринка, который полагал, что семантика должна показывать и убеждать пользователей терминов в том, что смысл терминов определяется их отношением к свойствам или классу объектов, которые ими описываются¹⁹. Наши представления о конкретных объектах могут быть ошибочными, хотя убеждения со стороны властей и высказывания экспертов будут лучшим доказательством того, какова природа этих объектов. Тот факт, что разногласия будут сохраняться, означает лишь то, что судьи и законодатель иногда могут ошибаться.

Дилеммы пандемии: между реализмом и конвенционализмом

Рассмотренная выше концепция метафизического реализма в философии права является ярким примером того, как обоснованная аргументация, опирающаяся на сциентизм и поиск объективных оснований принятия социально значимых решений, может столкнуться со стремительно меняющейся социальной реальностью. Так, например, несмотря на универсальный характер понимания ценности жизни во время эпидемии и распространения коронавирусной инфекции, в публичном дискурсе обсуждение диагностики и определения симптомов инфекции сначала сводилось к абстрактным характеристикам заболевания коронавирусом и методическим советам санитарных врачей по дезинфекции помещений, соблюдению масочного режима и социальной дистанции, а после сменилось активным продвижением модели принудительной вакцинации во многих странах мира²⁰. Несмотря на запросы общественности на предоставление научно проверенной информации о результатах экспериментального тестирования различных видов вакцин против коронавируса, основным источником получения информации для граждан становились средства массовой информации или телевидение, нередко спекулирующие незнанием и непониманием людьми характера заболеваний²¹. Короткий перечень противопоказаний к вакцинации, предложенный в большинстве стран мира, свидетельствовал о намерении без какого-либо публичного диалога достичь показателей «коллективного иммунитета» принудительными средствами. В этом смысле рекомендации экспертов в духе метафизического реализма и отсутствие каких-либо конвенций по поводу происходящих событий вокруг пандемии очень быстро привели к утрате доверия к властным институтам и мерам противодействия пандемии в целом²².

Каким мог бы быть ответ с позиции конвенционализма? В данном случае это дискуссия о соотношении индивидуальных ценностей и общего блага, когда действия конкретного человека по защите своего здоровья одновременно выступают этическим поступком в форме заботы по отношению к здоровью других людей. Когда соблюдение масочного режима должно рассматриваться не в качестве административной обязанности (несоблюдение которой карается штрафами, собираемыми избирательно и в произвольном порядке) или навязывания специальных цифровых средств контроля за поведением (проект «Социальный мониторинг» самоизоляции), а в контексте моральной обязанности заботы о близких и старшем поколении, осознании последствий неразумного игнорирования такой меры.

Отсутствие общественных дискуссий по поводу эффективности режимов локдауна, самоизоляции, неизбежного роста расходов на содержание работников в периоды «нерабочих дней» из-за доминирования реалистического дискурса о том, что именно санитарные врачи с учетом цифр статистики, количества мест в медицинских учреждениях определяют характер налагаемых ограничений уже привело к возникновению социальных и правовых проблем глобального масштаба²³. Среди них нарушение принципа равенства граждан при получении плановой медицинской помощи и социальных услуг, когда в силу отсутствия достоверной информации о болезни у конкретного лица и отсутствия у него цифрового QR-кода права граждан ограничены как территориально (свобода перемещения), так и содержательно (невозможность получения необходимых услуг от государства, в частности от судов). Необходимость использования результатов ПЦР-тестирования, преимущественно на платной основе, нарушает конституционные гарантии прав граждан, а также ставит одни социальные группы в уязвленное положение, нежели другие. Несмотря на то, что все граждане одинаково платят установленные налоги и отчисления в бюджет, вне зависимости от наличия или отсутствия результата ПЦР или QR-кода, права у отдельных граждан ограничены на безальтернативной

¹⁸ Moore M. S. The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse? *Stanford Law Review*, 1989. Vol. 41. No. 4. P. 873.

¹⁹ Bix B. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Clarendon Press, Oxford, 1993. P. 159.

²⁰ Molly S., Rupali L. Building Trust in Vaccination. *Vaccine Reports* (2021). Johns Hopkins University. URL: <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/report/building-trust-in-vaccination> (дата обращения: 03.02.2022).

²¹ Тростина М. А., Шишканова К. Н. Народные рассказы о COVID-19 как феномен современного городского фольклора // Уральский исторический вестник, 2021. № 2 (71). С. 178–179.

²² Argote P., Barham E., Daly S., Gerez J., Marshall J., Pocasangre O. Messages that Increase COVID-19 Vaccine Willingness: Evidence from Online Experiments in Six Latin American Countries (June 28, 2021). URL: <https://ssrn.com/abstract=3812023> (дата обращения: 01.02.2022).

²³ Тартаковская И. Н. Доверие перед лицом пандемии: в поисках точки опоры // Социологический журнал, 2021. Т. 27. № 2. С. 82–83.

основе. При этом правовые процедуры обжалования незаконно взимаемых штрафов или технических сбоев цифровых платформ в значительной степени остаются неработающими из-за действующих карантинных ограничений.

Противоречивая информация из средств массовой информации о характере и тенденциях глобальной пандемии уже привела к трансформации рынка труда, разрушению сложившихся способов социальной коммуникации и сохранения социальных связей²⁴. Удаленный характер трудовой деятельности, с одной стороны, может стимулировать творческую активность человека вместе с сохранением его здоровья, но с другой — при общей неэффективности карантинных ограничений приводит к росту расходов работодателей на поддержание рабочих мест в безопасном состоянии (с использованием антисептических средств, масок, но при недопущении на рабочие места работников отдельных профессий), искажению системы образования (при массовом дистанционном обучении и невозможности вакцинации несовершеннолетних, попадающих в группу риска по заражению инфекцией). Хаотичный и ситуативный способ введения ограничений, по уже имеющимся экспертным оценкам, не только не остановил пандемию, но еще больше спровоцировал ее негативные последствия для целого поколения людей.

Пандемия символически очертила этические и правовые дилеммы между стихийным пониманием неограниченной свободы и необходимостью ее ограничения в разумных пределах в целях обеспечения общего блага; между поиском адекватных виртуальных способов осуществления деловой активности (интернет-торговля, доставка продуктов первой необходимости и лекарств) и финансовым мошенничеством (с кражей персональных данных и финансовых средств); между формальным равенством по закону и отсутствием надлежащей реакции на нарушения со стороны отдельных групп граждан. Эти дилеммы — яркий пример замены научно обоснованного употребления понятий и терминов, описывающих проблему, обыденным бытовым словоупотреблением, фиксирующим общественное мнение.

Результаты социологических исследований, как отмечает И. Н. Тартаковская, убедительно подчеркивают сочетание двух противоречивых тенденций в восприятии людьми мер, предпринимаемых для противодействия коронавирусной инфекции: «Участники исследования видят свой долг в том, чтобы надевать маски, избегать общественных мест и соблюдать правила ВОЗ (на которые они часто ссылаются)... С другой стороны, конкретные меры, которые принимаются органами власти, вызывают недоверие и (привычное) чувство протеста, каждый придумывает свои правила и их обоснования, но в них не уверен»²⁵. Такая реакция становится понятной, когда ценностные установки граждан, схожие с моделью гражданской ответственности, и нежелание причинять вред другому не сочетаются с фактическим массовым нарушением карантинных ограничений и отсутствием эффективных мер воздействия на нарушителей. Изменение общественного мнения было бы возможным, если бы пандемия не привела к ограничению действия базовых правовых принципов, имеющих в своей основе морально-этическое содержание. Это, прежде всего, *принцип верховенства права*, который по своему смысловому наполнению предполагает наличие действующих правовых процедур защиты нарушенных прав (а не только обеспечение формальной законности при принятии решений). Появление специфического правового режима самоизоляции наряду с ростом заболеваемости при многообразии симптомов коронавирусной инфекции наглядно продемонстрировало гражданам, что обеспечение здоровья является не только их личным делом, но и заботой об общественном благе, но между тем не способствовало упрощению бюрократических процедур получения медицинских услуг и документации. Кроме того, важным в условиях пандемии становится соблюдение *принципа правовой определенности*, то есть базового требования к ясному и точному воспроизведению правовых предписаний в нормативных документах и решениях органов публичной власти. Тем не менее на практике заметным стало постоянное изменение правил, связанных с карантинными ограничениями, регулярный пересмотр решений по отношению к вопросам вакцинации населения. Ключевое значение выполняет и *принцип социальной справедливости*, который не может исчерпываться только формальным сохранением уровня заработной платы для работников, переведенных на самоизоляцию и удаленный режим работы. Данные социологических опросов фиксируют тревожные ожидания людей по поводу перспектив сохранения рабочих мест, уровня жизни, социального и медицинского обслуживания.

Указанные тенденции подчеркивают значимость нахождения в обществе социального консенсуса, компромисса по поводу базовых социальных ценностей, когда в случае гармонизации личных и общественных интересов достижим не только показатель «коллективного иммунитета», но и преодоление противоречий между этическими императивами и социальными потребностями.

Литература

1. Бикс Б. Концептуальные вопросы и юриспруденция // Труды Института государства и права РАН, 2020. Т. 15. № 5. С. 52–73.
2. Вызовы пандемии и стратегическая повестка дня для общества и государства: социально-политическое положение и демографическая ситуация в 2021 году: монография / В. К. Левашов [и др.]; отв. ред. В. К. Левашов, Г. В. Осипов, С. В. Рязанцев, Т. К. Ростовская; ФНИСЦ РАН. М.: ФНИСЦ РАН, 2021.

²⁴ Вызовы пандемии и стратегическая повестка дня для общества и государства: социально-политическое положение и демографическая ситуация в 2021 году: монография / В. К. Левашов [и др.]; отв. ред. В. К. Левашов, Г. В. Осипов, С. В. Рязанцев, Т. К. Ростовская; ФНИСЦ РАН. М.: ФНИСЦ РАН, 2021. С. 385–388.

²⁵ Тартаковская И. Н. Доверие перед лицом пандемии: в поисках точки опоры // Социологический журнал, 2021. Т. 27. № 2. С. 77.

3. Ромашов Р. А. Интегральная юриспруденция и энциклопедия права: историко-методологический анализ // Правоведение, 2013. № 3 (308). С. 105–120.
4. Тартаковская И. Н. Доверие перед лицом пандемии: в поисках точки опоры // Социологический журнал, 2021. Т. 27. № 2. С. 68–89.
5. Тростина М. А., Шишканова К. Н. Народные рассказы о COVID-19 как феномен современного городского фольклора // Уральский исторический вестник, 2021. № 2 (71). С. 177–185.
6. Харт Г. Л. А. Существуют ли естественные права // Харт Г. Л. А. Философия и язык права. М., Канон+, 2017. С. 116–134.
7. Argote P., Barham E., Daly S., Gerez J., Marshall J., Pocasangre O. Messages that Increase COVID-19 Vaccine Willingness: Evidence from Online Experiments in Six Latin American Countries (June 28, 2021). URL: <https://ssrn.com/abstract=3812023> (дата обращения: 01.02.2022).
8. Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy. Clarendon Press, Oxford, 1993.
9. Daly T. Securing Democracy: Australia's Pandemic Response in Global Context. Melbourne School of Government: Governing During Crises Policy Brief Series. No. 1 (June 3, 2020). URL: <https://ssrn.com/abstract=3775908> (дата обращения: 02.02.2022).
10. Himma K. E. Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? Ratio Juris. 2009. Vol. 22. No. 1. P. 24–43.
11. Marmor A. Exclusive Legal Positivism. Positive Law and Objective Values. New York, 2001. P. 49–70.
12. Molly S., Rupali L. Building Trust in Vaccination. Vaccine Reports (2021). Johns Hopkins University. URL: <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/report/building-trust-in-vaccination> (дата обращения: 03.02.2022).
13. Moore M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. Southern California Law Review, 1985. No. 58. P. 277–398.
14. Moore M. S. The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse? Stanford Law Review, 1989. Vol. 41. No. 4. P. 871–957.

References

1. Biks, B. Conceptual Questions and Jurisprudence [Konceptualnie voprosi i yurisprudenciya]. Works of State and Law Institute of RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN], 2020. Vol. 15. No. 5. P. 52–73. (In Rus.)
2. Challenges of the Pandemic and Strategic Point for the Society and State: Social and Political State of Affairs and Demographic Situation in 2021 [Vyzovi pandemii i strategicheskaya povestka dnya dlya obshchestva i gosudarstva: socialno-politicheskoye polozhenie i demographicheskaya situatsiya v 2021 godu]. Monograph. Ed. by V. Levashov, G. Osipov, S. Ryazantsev, T. Rostovskaya. Federal Sociological Center Publ, Moscow, 2021. (In Rus.)
3. Romashov, R. Integral Jurisprudence and Legal Encyclopedia: Historical and Methodological Analysis [Integralnaya yurisprudenciya i encyclopediya prava: istoriko-metodologicheskii analiz]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2013. No. 3 (308). P. 105–120. (In Rus.)
4. Tartakovskaya, I. Trust Before the Face of Pandemic: In Search of the Grounds [Doverie pered lycom pandemii: v poiskakh tochki opory]. Sociological Journal [Sociologicheskyy zhurnal], 2021. T. 27. No. 2. P. 68–89. (In Rus.)
5. Trostina, M., Shishkanova, K. People Stories on COVID-19 as a Phenomenon of the Modern Urban Folklore [Narodnie rasskazy o COVID-19 kak fenomen sovremennogo gorodskogo folklor]. Ural Histoty Herald [Uralsky Istoricheskyy Vestnik], 2021. No. 2 (71). P. 177–185. (In Rus.)
6. Hart, H. Are There any Natural Rights [Sushestvuyut li estestvennie prava]. In: Philosophy and Language of Law [Filosopfiya i yazyk prava]. Moscow, Kanon-Plus, 2017. P. 116–134. (In Rus.)
7. Argote, P., Barham, E., Daly, S., Gerez, J., Marshall, J., Pocasangre, O. Messages that Increase COVID-19 Vaccine Willingness: Evidence from Online Experiments in Six Latin American Countries (June 28, 2021). URL: <https://ssrn.com/abstract=3812023> (date of access: 01.02.2022).
8. Bix, B. Law, Language and Legal Determinacy. Clarendon Press, Oxford, 1993.
9. Daly, T. Securing Democracy: Australia's Pandemic Response in Global Context. Melbourne School of Government: Governing During Crises Policy Brief Series. No. 1 (June 3, 2020). URL: <https://ssrn.com/abstract=3775908> (date of access: 02.02.2022).
10. Himma, K. E. Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? Ratio Juris. 2009. Vol. 22. No. 1. P. 24–43.
11. Marmor, A. Exclusive Legal Positivism. Positive Law and Objective Values. New York, 2001. P. 49–70.
12. Molly, S., Rupali L. Building Trust in Vaccination. Vaccine Reports (2021). Johns Hopkins University. URL: <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/report/building-trust-in-vaccination> (date of access: 03.02.2022).
13. Moore, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. Southern California Law Review. 1985. No. 58. P. 277–398.
14. Moore, M. S. The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse? Stanford Law Review, 1989. Vol. 41. No. 4. P. 871–957.

Суд присяжных за пределами уголовной юстиции: мировой опыт

Мардон Ираклиевич Модебадзе, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: mmodebadze@hse.ru, lada77777@mail.ru.

Аннотация

Статья посвящена перспективам внедрения института суда присяжных в российское гражданское, административное и арбитражное судопроизводство. Данная тема на сегодняшний день видится достаточно актуальной в связи с мнениями, высказываемыми в научном сообществе. Тем не менее одним из основных препятствий к расширению компетенции суда присяжных в российском судопроизводстве является отсутствие исторического опыта применения указанного института при рассмотрении в российских судах дел за пределами уголовной юрисдикции. Автором статьи ставится цель выявить преимущества и недостатки функционирования института суда присяжных по неуголовным делам в сравнении с ординарной судебной процедурой. В статье рассмотрены существующие модели функционирования суда присяжных по указанной категории дел в зарубежных юрисдикциях, как в странах общего, так и смешанного права. Анализ существующего механизма, присущего каждой отдельно взятой стране, включает рассмотрение вопросов подведомственности, функционирования коллегии присяжных заседателей, а также вынесения ими окончательного вердикта.

В результате проведенного исследования автор статьи приходит к выводу о том, что указанный институт наиболее укоренен в странах с сильной историко-культурной традицией. Кроме того, в подавляющем большинстве случаев суд присяжных рассматривает дела, которые затрагивают вопросы публичных интересов, увеличивая доверие к принимаемым судом решениям.

Ключевые слова: суд присяжных; модели суда присяжных; суд присяжных по неуголовным делам; зарубежный опыт рассмотрения неуголовных дел судом присяжных.

Jury Trial Outside Criminal Justice: Global Experience

Mardon I. Modebadze, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

post-graduate student; e-mail: mmodebadze@hse.ru, lada77777@mail.ru.

Abstract

The article is devoted to the prospects of introducing the institution of jury trial in Russian civil, administrative and arbitration proceedings. This issue seems to be quite relevant nowadays, in connection with the opinions expressed in the scientific community. Nevertheless, one of the main obstacles to the extension of the competence of the jury trial in Russian legal proceedings is the lack of historical experience of the usage of this institution in the consideration of cases outside the criminal jurisdiction in Russian courts. The author of the article aims to identify the advantages and disadvantages of the functioning of the institute of jury trial in non-criminal cases in comparison with ordinary judicial procedure. The article examines the existing models of functioning of the jury in this category of cases in foreign jurisdictions, both in countries of common and mixed law. The analysis of the existing mechanisms inherent in foreign countries include consideration of issues of jurisdiction, functioning of the jury trial, as well as their final verdict.

As a result of the conducted research, the author of the article comes to the conclusion that this institution is most rooted in countries with a strong historical and cultural tradition. In addition, most frequently, the jury considers cases that affect issues of public interest, increasing confidence in the courts' decisions.

Keywords: jury trial; jury trial models; jury trial in non-criminal cases; foreign experience of the consideration of non-criminal cases by a jury.

Введение

Участие граждан в отправлении правосудия так или иначе представлено в судебных системах значительного количества иностранных юрисдикций. По информации, представленной в фундаментальном труде об участии народа в правосудии за авторством В. Н. Руденко, к числу таковых относится около 160 независимых государств

и 30 зависимых территорий, не считая стран с федеративным устройством, в которых участие народа в судопроизводстве может получать отличную правовую регламентацию в зависимости от конкретного территориального образования (субъекта, штата, кантона и др.)²⁶.

Исторически сложилось, что в большинстве государств, законодательство которых предусматривает возможность отправления правосудия с участием суда присяжных, он является институтом уголовного судопроизводства. Между тем существуют примеры стран, где представители народа привлекаются для рассмотрения и иных категорий дел (гражданских, административных и др.).

В отечественном правовом сообществе время от времени также звучат предложения о расширении компетенции суда присяжных не только в плоскости уголовного судопроизводства, но и направлении других видов процесса. В частности, в 2020 г. председатель Совета судей России Виктор Момотов в качестве «пищи для размышления» выдвинул идею о введении судов присяжных в гражданских спорах²⁷. Такие дискуссии, охватывающие мнения как в пользу, так и против данной инициативы, ведутся и на уровне государственной власти²⁸, и в адвокатской среде²⁹, а также на просторах академической юридической литературы³⁰.

Так, в частности, сторонники введения суда присяжных по гражданским и некоторым административным делам, например в семейных, жилищных, трудовых, наследственных спорах, апеллируют к тому, что это повысит авторитет судебной власти. Кроме того, это позволит сгладить последствия профессиональной деформации судей, так как присяжным будет проще понять участников процесса, более полно разобраться в случившемся³¹.

Противники данной идеи, напротив, говорят о том, что отсутствие четкого предмета доказывания в гражданском процессе, увеличенные сроки в рассмотрении гражданских дел, дополнительные материальные затраты и нагрузка на аппараты судов, а также сложности в сохранении беспристрастности не позволяют сделать вывод о необходимости введения суда присяжных в иных видах процесса, кроме уголовного³².

Однако вдумчивый анализ перспектив имплементации института суда присяжных в российское гражданское, административное или арбитражное судопроизводство требует понимания его преимуществ и недостатков по сравнению с ординарной процедурой рассмотрения судебных споров в данных видах процесса, а также факторов, способствующих расширению компетенции суда присяжных и ее распространению на неуголовные дела. Для этого, как представляется, следует изучить опыт зарубежных юрисдикций, в которых возможность разрешения дел с участием присяжных предусмотрена не только в уголовном процессе. Достижению данной цели и будет посвящена настоящая работа.

Несмотря на то, что мировой опыт привлечения присяжных для рассмотрения неуголовных дел довольно скромнен (подобная практика существует всего в 20 странах), он может оказаться весьма полезен для российской правовой системы. Сегодня в научной литературе предлагается применить механизм суда присяжных в России при рассмотрении дел с крупными суммами исков (от 3 млн руб.), дел о возмещении вреда, причиненного государством, о прекращении деятельности средств массовой информации и иных дел о защите публичных интересов³³. Необходимо заметить, что одним из основных препятствий на пути более активного внедрения данного института в российскую судебную практику был и остается низкий уровень социальной популярности механизма суда с участием присяжных как среди потенциальных заседателей, так и их работодателей.

Для того чтобы обратиться к мировой практике организации судебных процессов с участием присяжных, следует определить, что необходимо понимать под «судом присяжных» для целей настоящей работы. Отметим, что в большинстве стран, о которых пойдет речь далее, под судом присяжных понимают такую форму судопроизводства, которая характеризуется наличием независимой, автономной коллегии народных судей, обладающей собственной функциональной компетенцией в рамках судопроизводства, отличной от компетенции судей-профессионалов³⁴.

²⁶ См.: *Руденко В. Н.* Участие граждан в отправлении правосудия в современном мире. Екатеринбург: УрО РАН, 2011. С. 3.

²⁷ Предложено ввести присяжных в гражданские процессы. URL: <https://rg.ru/2020/03/05/predlozhenie-vesti-prisiaznykh-v-grazhdanskije-processy.html> (дата обращения: 15.06.2022).

²⁸ К арбитражным делам привлекают суд присяжных. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2198981> (дата обращения: 15.06.2022).

²⁹ Перспективы суда присяжных. В Ап Республики Адыгея состоялся круглый стол «Перспективы суда присяжных». URL: <https://fparf.ru/news/fpa/perspektivy-suda-prisiaznykh/> (дата обращения: 15.06.2022).

³⁰ См.: *Домрачев И. Г.* Суд присяжных в гражданском судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2016. № 2 (34). С. 129–132; *Шарифуллин Р. А., Гурина Д. Е.* Опыт и предпосылки введения присяжных заседателей в гражданский процесс // Арбитражный и гражданский процесс, 2020. № 7. С. 56–60; *Венев Д. А.* Проблемы института суда присяжных в гражданском судопроизводстве и пути их разрешения // Арбитражный и гражданский процесс, 2017. № 8. С. 61–63.

³¹ См.: *Ямашев Д. В.* Возможность введения суда с участием присяжных заседателей в гражданском процессе. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³² См.: *Тарасов В. Н.* Актуальные проблемы суда присяжных на современном этапе // Судья, 2016. № 2 (62). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³³ См.: *Виноградов В. А.* Социальная ценность суда присяжных в России: некоторые результаты и перспективы // 27 лет суду присяжных в России: дань традициям или новая формация: материалы круглого стола Общественной палаты Российской Федерации (2021). С. 27–28.

³⁴ См.: *Ветрова Г. Н.* Суд присяжных: традиции и новации (путь реформ) // Закон, 2018. № 2. С. 144–156. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В настоящее время существует целый ряд стран (и регионов), в которых суд присяжных предусмотрен по некоторым другим категориям дел, кроме уголовных. К их числу относится Китайская Народная Республика (далее — КНР, Китай), Гонконг, Новая Зеландия, Великобритания, США и др. Предлагаем рассмотреть некоторые особенности компетенции и процедуры рассмотрения дел с участием присяжных заседателей в данных странах по спорам, не связанным с уголовным обвинением.

Китайская Народная Республика

В качестве первой страны, на примере которой будет рассмотрено отправление правосудия народными судьями по неуголовным делам, станет КНР. Вместе с тем следует подчеркнуть, что некоторые авторы придерживаются точки зрения, что модель участия народа в отправлении правосудия в Китае более тяготеет к шеффенской³⁵, даже в названии. В связи с этим отметим, что в законодательстве КНР используется термин «народные заседатели».

По утверждениям китайских авторов, институт народных заседателей в Китае рассматривается научными и политическими деятелями как ключевой элемент социалистического гармоничного общества, а также авторитетного, справедливого и эффективного правосудия³⁶. Подобное отношение объясняет его широкое использование.

Итак, в Китае 27 апреля 2018 г. был принят закон «О народных заседателях», который вместе с законом КНР «Об организации народных судов» регулирует вопросы участия заседателей в судопроизводстве.

Состав коллегии народных заседателей при рассмотрении гражданских и административных дел в КНР различен: в сокращенном составе участвует один судья и два народных заседателя, в расширенном — трое судей и от четырех до семи народных заседателей. Подбор присяжных осуществляется автоматически, на основании специальной компьютерной программы.

Согласно ст. 15 и 16 закона КНР «О народных заседателях» категории дел, рассматриваемые этими двумя составами, существенно различаются³⁷. Так, сокращенный состав рассматривает дела, в которых:

- 1) затрагиваются групповые интересы или общественные интересы;
- 2) дела, привлекающие широкое общественное внимание или иным образом оказывающие большее социальное воздействие;
- 3) дела со сложными обстоятельствами, вследствие чего возникает необходимость в рассмотрении дела с участием народных заседателей.

Расширенный состав уполномочен рассматривать неуголовные дела:

- 1) по требованиям о защите неопределенного круга лиц, которые рассматриваются согласно положениям Гражданского процессуального кодекса КНР или Закона об административном судопроизводстве;
- 2) дела, связанные с конфискацией земель, охраной окружающей среды или безопасностью пищевых продуктов и лекарств, которые имеют серьезные социальные последствия³⁸.

Ответчик по гражданскому или административному иску также вправе самостоятельно ходатайствовать о рассмотрении дела с участием народных заседателей³⁹.

Народные заседатели в КНР участвуют в отправлении правосудия в судах первой инстанции (народных судах основной ступени), а также в вышестоящих судах в случае необходимости. Списки народных заседателей формируются совместно местными органами юстиции, органами безопасности и народными судами основной ступени⁴⁰.

В сокращенном составе народные заседатели принимают решение о том, были ли доказаны все факты по делу, а также рассматривают вопрос о применении права. В данном случае их полномочия приравниваются к полномочиям судей. При рассмотрении дел расширенным составом суда народные заседатели наделены равными с судьями полномочиями только при установлении фактов дела, однако они не вправе принимать решение по вопросу о приращении права⁴¹ (§ 21–22).

Гонконг

В Гонконге, который является особым административным регионом Китая, народный элемент в правосудии предусмотрен на уровне судов с общей юрисдикцией, которые уполномочены на разрешение дел как гражданских,

³⁵ См.: *Грибов Н. Д.* Модели участия граждан в осуществлении правосудия по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс, 2018. № 1. С. 21–26.

³⁶ *Van Rhee C. H., Fu Yulin.* Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties. *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. N. Y., London, 2014. P. 43–45.

³⁷ *People's Assessors Law of the People's Republic of China* (adopted and effective Apr. 27, 2018). URL: <https://npcobserver.com/legislation/peoples-assessors-law> (дата обращения: 15.06.2022).

³⁸ Там же. URL: <https://npcobserver.com/legislation/peoples-assessors-law> (дата обращения: 15.06.2022).

³⁹ Там же. § 17.

⁴⁰ См.: *Руденко В. Н.* Указ. соч. С. 261.

⁴¹ *People's Assessors Law of the People's Republic of China*. § 21–22.

так и уголовных в качестве суда первой инстанции. С участием присяжных также могут быть рассмотрены дела о признании граждан недееспособными или ограниченно дееспособными, по ходатайству сторон присяжные могут рассматривать дела по искам о диффамации и злонамеренном судебном преследовании⁴², неправомерном лишении свободы или подстрекательстве к мятежу, «если только суд не считает, что судебное разбирательство требует какого-либо длительного изучения документов или сообщений или какого-либо научного расследования, которое было бы затруднительно для проведения с участием присяжных»⁴³.

Коллегии присяжных заседателей, участвующих в рассмотрении неуголовных дел, насчитывают, как правило, семь человек, кроме случаев, когда по постановлению судьи они могут быть сформированы в составе девяти человек⁴⁴.

Предварительные составы для последующего отбора коллегии присяжных заседателей формируются регистраторами суда. Впоследствии происходит отбор кандидатов для участия в слушаниях по каждому конкретному делу. Коллегии присяжных формируются в открытом судебном заседании по жребию⁴⁵.

Вердикт присяжных по гражданским делам, который может быть общим или специальным, выносится большинством голосов. При этом если число присяжных в процессе рассмотрения дела сократилось вследствие смерти присяжного или его отвода из состава коллегии, вердикт будет выноситься большинством из числа оставшихся присяжных⁴⁶.

Коллегия присяжных заседает и совещается отдельно от суда. Вердикт присяжных оглашается старшиной присяжных заседателей в открытом судебном заседании и в присутствии всех присяжных и после этого заносится в протокол секретарем судебного заседания, который уточняет у старшины, в пользу какого лица, истца или ответчика присяжные выносят окончательный вердикт. Коллегия присяжных вправе вынести общий вердикт в пользу истца или ответчика либо вынести специальный вердикт, устанавливающий только обстоятельства дела⁴⁷. Если присяжные не могут прийти к консенсусу при вынесении вердикта, это ведет к роспуску коллегии присяжных и назначению нового судебного разбирательства с участием присяжных в новом составе⁴⁸.

Новая Зеландия

Еще одним государством, в котором предусмотрен суд присяжных в гражданском процессе, является Новая Зеландия. В рассмотрении гражданских дел участвуют коллегии в составе от 12 присяжных. Неуголовные дела рассматриваются судом присяжных только в окружных судах в случае, если сумма иска по ним свыше 3000, но не более 200 000 новозеландских долларов⁴⁹. Наиболее распространенные категории дел, которые могут быть рассмотрены таким составом суда, это дела о клевете и компенсации вреда, причиненного тяжкими телесными повреждениями⁵⁰.

На практике количество гражданских дел, рассматриваемых с участием присяжных в судах Новой Зеландии, стремится к нулю⁵¹. Статистика показывает, что в период с 2003 по 2011 г. в стране с участием присяжных было рассмотрено всего три дела, только восемь было изначально передано на рассмотрение таким составом суда. При этом семь из них относятся к искам о диффамации и только одно касается вреда, причиненного незаконным заключением под стражу и жестоким обращением в полиции⁵².

Такое редкое обращение к суду присяжных может быть объяснено правом судьи отклонить соответствующее ходатайство о рассмотрении дела судом с участием представителей народа, если будут иметь место два основания: иск касается сложных правовых вопросов либо для разрешения спора необходимы экспертные познания в определенной научной области. Решение о том, является ли дело достаточно сложным для понимания присяжными, лежит в сфере дискреционных полномочий судьи и принимается с учетом обстоятельств каждого конкретного дела. Второй возможной причиной отсутствия популярности народных судей в судопроизводстве Новой Зеландии может быть наличие схемы компенсации при несчастных случаях и, соответственно, отсутствие деликтной ответственности при таком причинении вреда⁵³.

⁴² Jury. Guide to Court Services. URL: https://www.judiciary.hk/doc/en/court_services_facilities/jury_202001.pdf (дата обращения: 05.06.2022).

⁴³ High Court Ordinance (cap. 4), sec. 33A. URL: [https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Section+33A%2C+the+High+Court+Ordinance+\(Cap+4\).&ie=UTF-8&oe=UTF-8](https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Section+33A%2C+the+High+Court+Ordinance+(Cap+4).&ie=UTF-8&oe=UTF-8) (дата обращения: 05.06.2022).

⁴⁴ Jury Ordinance, sec. 3. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/checkconfig/checkClientConfig.jsp?applicationId=RA001> (дата обращения: 05.06.2022).

⁴⁵ Ibid. Sec. 21.

⁴⁶ Ibid. Cap. 3. Sec. 24 (2).

⁴⁷ Ibid. Sec. 26.

⁴⁸ Ibid. Sec. 27.

⁴⁹ Окружные суды Новой Зеландии рассматривают дела с суммой иска до 200 000 австралийских долларов.

⁵⁰ См.: Руденко В. Н. Указ. соч. С. 266.

⁵¹ См.: Cameron N., Potter S. The New Zealand Jury. Law and Contemporary Problems, 1999. Vol. 62. № 2. P. 103–139.

⁵² Use of Civil Jury Trials in New Zealand. URL: <http://ip29.publications.lawcom.govt.nz/chapter+9++civil+jury+trials+in+the+high+court/use+of+civil+jury+trials+in+new+zealand> (дата обращения: 05.06.2022).

⁵³ См.: Грибов Н. Д. Указ. соч. С. 21–26.

Присяжные по уголовным делам в Новой Зеландии принимают решение большинством в три четверти голосов и совещаются отдельно от судьи. В то же время ничто не может препятствовать судье принять во внимание вердикт присяжных, который вынесен неквалифицированным большинством голосов⁵⁴ (§ 29D).

Канада

В Канаде право на суд присяжных закреплено в Канадской хартии прав и свобод, образующей первую часть Конституционного акта 1982 г. только для обвиняемых по уголовным делам. Вопрос о применении механизма суда присяжных к другим категориям дел отдельно регулируется законами каждой провинции. Так, например, в провинциях Манитоба и Новая Шотландия, если стороны не отказались от права на суд присяжных, он является обязательным по таким гражданским делам, как иски о диффамации, злонамеренный арест, злонамеренное преследование и незаконное заключение под стражу⁵⁵. В провинции Альберта суд с участием присяжных не является обязательным, но возможен по искам о клевете, злонамеренном судебном преследовании, необоснованном заключении, соблазнении или нарушении обещания вступить в брак, а также делам, связанным с нарушением условий договоров со значительной ценой, установленной законом, делам, связанным с восстановлением прав собственности, стоимость которой установлена законом⁵⁶. Аналогичная Альберте ситуация характерна для провинции Саскачеван, за исключением того, что там отсутствуют иски о совращении и суд с участием присяжных доступен по любому гражданскому делу, в котором цена иска превышает 10 000 долл.⁵⁷

Между тем стоит отметить, что в Саскачеване предусмотрена уникальная норма, согласно которой судья по заявлению сторон вправе назначить рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей, если: а) цель правосудия будет достигнута в лучшей мере, если спор о фактах будет разрешен представителями общества; б) результат рассмотрения дела может затронуть значительное количество людей, не являющихся частью судебного разбирательства⁵⁸.

В провинциях Британской Колумбии и на островах Принца Эдуарда суд присяжных по гражданским делам недоступен лишь по определенным категориям дел, таким как судебные приказы, управление трастами и т. д.

Рассмотрение гражданских дел с участием присяжных заседателей в канадских судах — довольно редкое явление. Как представляется, причиной тому служит предусмотренное в провинциях Альберта, Британская Колумбия, Новая Шотландия и Саскачеван право у судьи на единоличное рассмотрение дела. Кроме того, в Альберте и Ньюфаундленде такое право может быть использовано судьей, если дело является сложным⁵⁹. Сложность при этом устанавливается с опорой на совокупность факторов, среди которых необходимость исследования показаний экспертов, наличие в деле значительного объема документальных и вещественных доказательств, множественность лиц, участвующих в деле, или значительные временные затраты для его разрешения по существу⁶⁰.

Что касается состава коллегии присяжных, то в провинциях Альберта и Саскачеван количество присяжных в указанных провинциях должно составлять шесть человек, окончательный вердикт, вынесенный присяжными, принимается судом во внимание, если «за» высказались не менее пяти заседателей. Механизм суда присяжных применяется при рассмотрении гражданских дел по заявлению стороны в разбирательстве по искам о клевете, злонамеренном судебном преследовании, необоснованном заключении, соблазнении или нарушении обещания вступить в брак, а также дел, связанных с нарушением условий договоров со значительной ценой, установленной законом, дел, связанных с восстановлением прав собственности, стоимость которой установлена законом⁶¹.

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии (далее — Великобритания) нет единообразия в отношении дел, которые могут быть рассмотрены с участием присяжных в зависимости от территориальных образований, ее формирующих. В целом в Великобритании нет единой жестко централизованной системы судов, однако ряд судебных учреждений имеют юрисдикцию на всей территории страны, и процессы в них могут

⁵⁴ Juries Act 1981. No. 23 (as at 23 October 2021). URL: https://legislation.govt.nz/act/public/1981/0023/latest/whole.html?search=sw_096be8ed81baaf8a_jury+trial_25_se&p=1#contents (дата обращения: 15.06.2022).

⁵⁵ Manitoba, Court of Queen's Bench Act. S. M. 1988–1989, c. 4, s. 64; The Jury Act, R. S. M. 1987, c. J30, s. 32; Court of Queen's Bench Rules, r. 48; Nova Scotia, Judicature Act, R. S. N. S. 1989, c. 240, s. 34; Juries Act, R. S. N. S. 1989, c. 242, s. 13; Civil Procedure Rules, r. 28.03.

⁵⁶ Alberta, Jury Act. S. A. 1982, c. J-2.1, s. 16; Alberta Rules of Court, r. 234 and 235.

⁵⁷ Saskatchewan, The Jury Act, 1981, S. S. 1980–1981, c. J-4.1, s. 14–22, Rules of Court, r. 196.

⁵⁸ The Jury Act, 1981 (Sask.), supra note 1, s. 17 (1).

⁵⁹ Report on the Use of Jury Trials in Civil Cases. Ontario Law Reform Commission. URL: <https://s3.amazonaws.com/tld-documents.lnassets.com/0019000/19801/sam.pdf> (дата обращения: 05.05.2022).

⁶⁰ Litigating in Canada: A Brief Guide for U.S. Clients. URL: <https://studylib.net/doc/18101901/litigating-in-canada--a-brief-guide-for-u.s.-clients--fro> (дата обращения: 15.06.2022).

⁶¹ Jury Act, RSA 2000, c. J-3 — Alberta.

проходить с участием представителей народа. Так, например, Трибунал по вопросам убежища и иммиграции рассматривает дела с участием непрофессиональных судей при пересмотре судебных решений, вынесенных в первой инстанции. При этом, как представляется, модель участия народа в отправлении правосудия, которая используется в данном судебном учреждении, больше тяготеет к шеффенской, где решение принимается профессиональным судьей совместно с двумя представителями народа, а основной вопрос, который ставится перед такой объединенной коллегией, состоит в том, была ли в процессе слушания допущена ошибка в праве⁶².

В Англии и Уэльсе участие присяжных в рассмотрении гражданских дел предусмотрено, в частности, в Высоком суде правосудия. Оно ограничено четырьмя видами исков: о возмещении ущерба, причиненного диффамацией; о злонамеренном судебном преследовании; о незаконном лишении свободы; о мошенничестве. Коллегии присяжных для участия в рассмотрении данных категорий дел формируются редко по усмотрению судьи. При этом судья может отказать в рассмотрении дела с участием присяжных, если посчитает, что само дело, доказательства или другие вопросы являются слишком сложными для того, чтобы рассматриваться с участием присяжных. При этом основным органом гражданского правосудия являются суды графств, дела в которых рассматриваются преимущественно судьями единолично, но в некоторых случаях могут также приглашаться не менее восьми присяжных заседателей⁶³. В Суде короны и в отделении королевской скамьи Высокого суда правосудия состав жюри представляет собой 12 присяжных заседателей, на согласия сторон допускается рассмотрение дела с участием жюри и в меньшем составе. Например, в разрешении гражданского спора в составе жюри должно находиться не менее семи присяжных⁶⁴.

В процессах по гражданским делам присяжные, как правило, не только разрешают спор между истцом и ответчиком, но и определяют размер компенсации убытков, которые должны быть возмещены, если дело разрешено в пользу истца⁶⁵.

В Северной Ирландии граждане участвуют в отправлении правосудия по гражданским делам в качестве присяжных по более ограниченному кругу дел. Они включают в себя дела о клевете и ряд дел в отношении судьи⁶⁶.

В Шотландии возможность участия присяжных в рассмотрении неуголовных дел предусмотрена в Сессионном суде, который является высшим судом страны по рассмотрению гражданских споров. К категориям дел, которые могут рассматриваться в таком процессуальном порядке, относятся дела с суммой иска, превышающей максимальный предел, который установлен для шерифских судов и составляет 5000 фунтов стерлингов. При этом присяжных в подобных делах приглашают в процесс достаточно редко, чаще всего для рассмотрения споров о возмещении ущерба, связанного с повреждением здоровья или смертью. Состав жюри для рассмотрения данной категории дел составляет 12 присяжных⁶⁷.

Нельзя не упомянуть и о процессуальных особенностях рассмотрения гражданских дел с участием представителей народа в Шотландии. Например, к таковым относится предусмотренное для адвоката право возражать на напутственную речь судьи, обращенную к присяжным. У судьи, в свою очередь, есть возможность согласиться с существом возражений или же отклонить их. В последнем случае адвокат должен составить так называемую запись исключений, в которой отражается суть указания присяжным, которая заносится в протокол и подлежит утверждению у судьи.

Что касается порядка вынесения вердикта, то он может быть постановлен сразу или после удаления присяжных на совещание. Вердикт может быть «мажоритарным» (иными словами, вынесенным большинством голосов) или единодушным. Также вердикт может быть общим (если дает ответ в общем виде на вопросы за или против истца) или специальным (если отвечает на специально сформулированные судьей вопросы, относящиеся к установлению факта)⁶⁸.

США

В США судом с участием представителей народа могут быть рассмотрены не только уголовные дела, но и гражданские дела. Согласно поправке VII к Конституции США по судебным делам, основанным на общем праве с суммой иска, превышающей 20 долл., сохраняется право на суд присяжных, и ни один факт, рассмотренный присяжными, не должен подвергаться пересмотру каким-либо судом США иначе как на основе норм общего права⁶⁹. Немаловажным

⁶² Revised Practice Direction Immigration and Asylum Chambers of the First-tier Tribunal. URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/11/revised-pd-3112014.pdf> (дата обращения: 15.06.2022).

⁶³ См.: Романов А. К. Право и правовая система Великобритании. М.: Форум, 2010. С. 171.

⁶⁴ См.: Руденко В. Н. Указ. соч. С. 114.

⁶⁵ Juries in Criminal and Civil Cases. URL: <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/when-are-juries-used/> (дата обращения: 05.06.2022).

⁶⁶ Jurors (Northern Ireland) Act. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/6/22>. Цит. по: Руденко В. Н. Указ. соч. С. 119.

⁶⁷ Руденко В. Н. Указ. соч. С. 119.

⁶⁸ Там же. С. 124.

⁶⁹ Там же. С. 388.

фактом является и то, что законодательства всех штатов также гарантируют данное право на уровне конституций, а штатов Колорадо, Луизиана и Вайоминг — на более низком законодательном уровне⁷⁰.

Вместе с тем, несмотря на огромное значение, которое на протяжении всей американской истории придавалось данному правовому институту, нельзя не отметить, что в настоящее время он рискует прийти в упадок. В немалой степени это осуществляется усилиями судейского сообщества, которое накладывает всё больше ограничений на работу присяжных по гражданским делам посредством разрешения обязательных арбитражных соглашений и ограничения присяжных в присуждении компенсаций убытков в отдельных ситуациях⁷¹. Представители бизнес-сообщества согласны с такой стратегией схлопывания полномочий суда присяжных по гражданским делам, полагая, что народные судьи не способны разрешать некоторые сложные дела, а также что присяжные привнесут в процесс не столько «народную мудрость», сколько предрассудки против отдельных участников дела, особенно если речь идет о крупном бизнесе⁷².

Возвращаясь к процедуре рассмотрения гражданских дел судом присяжных, необходимо отметить, что разработчики Федеральных правил гражданского процесса (далее — ФПП) сильно противились расширению полномочий суда присяжных по гражданским делам, полагая такой способ разрешения споров анахроничным и долгим. Одной из существенных инноваций, послужившей достижению данной цели, стало правило о том, что для рассмотрения гражданского дела судом присяжных стороны должны эксплицитно ходатайствовать об этом; по умолчанию и в отсутствие ходатайства гражданское дело рассматривается судьей единолично. При этом ранее правило было обратным: ходатайство требовалось для рассмотрения дела единоличным судьей⁷³. Еще одним объяснением редкого использования суда присяжных по гражданским делам стали новые подходы к раскрытию доказательств, которые позволили сторонам, изучив позиции друг друга, более активно идти на досудебное примирение, а также более свободные возможности для вступления в дело третьих лиц, что усложнило администрирование гражданских дел.

Таким образом, в соответствии с ФПП гражданское дело может быть рассмотрено с участием присяжных заседателей при условии заявления соответствующего ходатайства любой из сторон, если оно было заявлено не позднее 10 дней после подачи в суд искового заявления⁷⁴. Жюри, участвующее в рассмотрении гражданского дела, состоит не менее чем из шести и не более чем из 12 присяжных заседателей⁷⁵. Вердикт, постановляемый по итогам разрешения гражданского спора, может быть единодушным, если у сторон отсутствует договоренность об ином, и должен быть вынесен в составе жюри, насчитывающем не менее шести присяжных⁷⁶. Вердикт может быть специальным (по каждому вопросу о факте)⁷⁷ и общим (сопровожаемый ответами присяжных на письменный опрос сторон по одному или нескольким вопросам, касающимся факта, решение которых является необходимым для вынесения вердикта).

Суд присяжных в США также предусмотрен для гражданских разбирательств в Суде Соединенных Штатов по международной торговле. Состав присяжных в таком суде образует не менее шести и не более 12 присяжных заседателей. Вердикт в этом суде должен быть вынесен единодушно, при этом решение традиционно должно быть принято не менее чем шестью голосами присяжных. Что касается возможных видов вердикта, то он может подразделяться на общий, специальный и общий, сопровождаемый ответами присяжных на письменный опрос⁷⁸.

В федеральных судах по делам о несостоятельности любые дела с участием жюри могут быть рассмотрены только по обоюдному согласию сторон. В противном случае дело может быть рассмотрено в федеральном районном суде. С участием жюри дела рассматриваются только по существу. Для участия в рассмотрении дел жюри в судах по делам банкротств формируются по правилам гражданского процесса, применяемым в районных судах⁷⁹.

Заключение

Таким образом, можно прийти к следующим выводам. Во-первых, институт присяжных заседателей по гражданским делам используется преимущественно в странах с сильной историко-культурной традицией участия представителей народа в отправлении правосудия по модели суда присяжных, а также в странах, которые по тем или иным причинам находились под влиянием таких юрисдикций. Основной причиной возникновения такого механизма и его

⁷⁰ The Civil Jury: Reviving an American Institution, September 2021. Published by The Civil Justice Research Initiative, part of UC Berkeley School of Law, with support from AAJ's Robert L. Habush Endowment. P. 4. URL: https://civiljusticeinitiative.org/wp-content/uploads/2021/09/CJRI_The-Civil-Jury-Reviving-an-American-Institution.pdf (дата обращения: 05.06.2022).

⁷¹ Ferguson A. G. The Jury as Constitutional Identity, 47 U.C. DAVIS L. REV. 1105, 1119 (2014). Notes 76–78 and accompanying text.

⁷² Ibid. Notes 92–94 and accompanying text.

⁷³ The Civil Jury: Reviving an American Institution. P. 12.

⁷⁴ Federal Rules of Civil Procedure (§ 5d). Цит. по: Руденко В. Н. Указ. соч. С. 391–392.

⁷⁵ Federal Rules of Civil Procedure. § 48.

⁷⁶ Federal Rules of Civil Procedure. § 48–49.

⁷⁷ Federal Rules of Civil Procedure. § 49a.

⁷⁸ См.: Руденко В. Н. Указ. соч. С. 392.

⁷⁹ Там же. С. 392–393.

укоренения в некоторых странах является предоставляемая с его помощью защита от злоупотребления властью. Во всех изученных англоязычных работах авторы акцентируют внимание на том, что суд присяжных представляет собой институт гражданского общества, препятствующий гиперболизации властных полномочий. Во-вторых, суд присяжных в гражданском процессе используется по некоторым совпадающим категориям дел, среди которых иски о возмещении вреда, о клевете, о диффамации и о незаконных действиях представителей власти. Как представляется, компетенция суда присяжных распространяется на такие категории дел, в которых особенно важна общественная оценка факта нарушения прав гражданина, обратившегося с иском, размер и характер негативных последствий, которые повлекло такое нарушение. Вынесение присяжными вердикта по данным категориям дел играет довольно важную роль, увеличивая уровень доверия общества к суду.

Рассмотренные в настоящей статье модели могут представлять актуальность для российской правовой системы. В настоящее время, как отмечалось выше, суд присяжных в России не используется по уголовным делам, однако время от времени появляются предложения по реализации соответствующих инициатив⁸⁰.

Литература

1. К арбитражным делам привлекают суд присяжных. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2198981> (дата обращения 01.08.2022).
2. *Венев Д. А.* Проблемы института суда присяжных в гражданском судопроизводстве и пути их разрешения // Арбитражный и гражданский процесс, 2017. № 8. С. 61–63.
3. *Виноградов В. А.* Социальная ценность суда присяжных в России: некоторые результаты и перспективы // 27 лет суду присяжных в России: дань традициям или новая формация: материалы круглого стола Общественной палаты Российской Федерации — 2021. С. 25–28.
4. *Грибов Н. Д.* Модели участия граждан в осуществлении правосудия по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс, 2018. № 1. С. 21–26.
5. *Домрачев И. Г.* Суд присяжных в гражданском судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2016. № 2 (34). С. 129–132.
6. Перспективы суда присяжных: В АП Республики Адыгея состоялся круглый стол «Перспективы суда присяжных». URL: <https://fparf.ru/news/fpa/perspektivy-suda-prisyazhnykh/> (дата обращения: 15.06.2022).
7. Предложено ввести присяжных в гражданские процессы. URL: <https://rg.ru/2020/03/05/predlozhenno-westiprisiazhnyh-v-grazhdanskije-processy.html> (дата обращения: 01.08.2022).
8. *Романов А. К.* Право и правовая система Великобритании. М.: Форум, 2010. С. 171.
9. *Руденко В. Н.* Участие граждан в отправлении правосудия в современном мире // Екатеринбург: УрО РАН, 2011. 644 с.
10. *Шарифуллин Р. А., Гурина Д. Е.* Опыт и предпосылки введения присяжных заседателей в гражданский процесс // Арбитражный и гражданский процесс, 2020. № 7. С. 56–60.
11. *Ямашев Д. М.* Возможность введения суда с участием присяжных заседателей в гражданском процессе // Российский судья, 2009. № 9. С. 6–8.
12. *Cameron N., Potter S.* The New Zealand Jury. Law and Contemporary Problems, 1999. Vol. 62. No. 2. P. 103–139.
13. Litigating in Canada: A Brief Guide for U.S. clients. URL: <https://studylib.net/doc/18101901/litigating-in-canada--a-brief-guide-for-u.s.-clients--fro> (дата обращения: 01.08.2022).
14. Revised Practice Direction Immigration and Asylum Chambers of the First-tier Tribunal. URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/11/revised-pd-3112014.pdf> (дата обращения 01.08.2022).

References

1. Jury is Involved in Arbitration Cases [K arbitrazhnym delam privlekayut sud prisyazhnykh]. [Electronic resource]. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2198981> (accessed date: 01.08.2022). (In Rus.)
2. Venev, D. A. Problems of the Institution of Jury Trial in Civil Proceedings and Ways to Resolve them [Problemy instituta suda prisyazhnyh v grazhdanskom sudoproizvodstve i puti ih razresheniya]. Arbitration and Civil Process [Arbitrazhnyj i grazhdanskij process]. 2017. No. 8. P. 61–63. (In Rus.)
3. Vinogradov, V. A. The Social Value of the Jury in Russia: Some Results and Prospects [Social'naya cennost' suda prisyazhnyh v Rossii: nekotorye rezul'taty i perspektivy] // 27 Years of the Jury in Russia: A Tribute to Traditions or a New Formation: Materials of the Round Table of the Public Chamber of the Russian Federation 2021. [27 let sudu prisyazhnyh v Rossii: dan' tradiciyam ili novaya formaciya: materialy kruglogo stola Obshchestvennoj palaty Rossijskoj Federacii 2021]. P. 25–28. (In Rus.)
4. Gribov, N. D. Models of Citizen Participation in the Administration of Justice on Civil Cases [Modeli uchastiya grazhdan v osushchestvlenii pravosudiya po grazhdanskim delam]. Arbitration and civil process [Arbitrazhnyj i grazhdanskij process]. 2018. No. 1. P. 21–26. (In Rus.)

⁸⁰ См.: *Ямашев Д. М.* Указ. соч. С. 6–8; *Виноградов В. А.* Указ. соч. С. 27–28.

5. Domrachev, I. G. Trial by Jury in Civil Proceedings [Sud prisyazhnyh v grazhdanskom sudoproizvodstve]. Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Vestnik Nizhegorodskoj akademii MVD Rossii]. 2016. No. 2 (34). P. 129–132. (In Rus.)
6. Prospects for a Jury Trial: A Round Table “Prospects for a Jury Trial” Was Held in the Bar Association of the Republic of Adygea [Perspektivy suda prisyazhnyh: V Advokatskoy Palate Respubliki Adygeya sostoyalsya kruglyj stol “Perspektivy suda prisyazhnyh”] [Electronic resource]. URL: <https://fparf.ru/news/fpa/perspektivy-suda-prisyazhnykh/> (accessed date: 01.08.2022). (In Rus.)
7. It Is Proposed to Introduce Jurors Into Civil Trials [Predlozhenno vvesti prisyazhnyh v grazhdanskije processy]. [Electronic resource]. URL: <https://rg.ru/2020/03/05/predlozhenno-vvesti-prisiazhnyh-v-grazhdanskije-processy.html> (accessed date 01.08.2022). (In Rus.)
8. Romanov, A. K. Law and Legal System of Great Britain [Pravo i pravovaya Sistema Velikobritanii]. M.: Forum, 2010. 171 p. (In Rus.)
9. Rudenko, V. N. Participation of Citizens in the Administration of Justice in Modern World [Uchastie grazhdan v otpravlenii pravosudiviya v sovremennom mire]. Yekaterinburg: Ural Branch of the Russian Academy of Sciences, 2011. 644 p. (In Rus.)
10. Sharifullin, R. A., Gurina, D. E. Experience and Prerequisites for the Introduction of Jurors in Civil Proceedings [Opyt i predposylki vvedeniya prisyazhnyh zasedatelej v grazhdanskij process]. Arbitration and Civil Proceedings. [Arbitrazhnyj i grazhdanskij process]. 2020. No. 7. P. 56–60. (In Rus.)
11. Yamashev, D. M. Possibility of Introducing a Trial with the Participation of Jurors in Civil Proceedings [Vozmozhnost' vvedeniya suda s uchastiem prisyazhnyh zasedatelej v grazhdanskom processe]. Russian judge [Rossijskij sud'ya]. 2009. No. 9. P. 6–8. (In Rus.)
12. Cameron, N., Potter, S. The New Zealand Jury. Law and Contemporary Problems, 1999. Vol. 62. No. 2. P. 103–139.
13. Litigating in Canada: A Brief Guide for U.S. clients [Electronic resource]. URL: <https://studylib.net/doc/18101901/litigating-in-canada--a-brief-guide-for-u.s.-clients--fro> (accessed date: 01.08.2022).
14. Revised Practice Direction Immigration and Asylum Chambers of the First-tier Tribunal [Electronic resource]. URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/11/revised-pd-3112014.pdf> (accessed date: 01.08.2022).

Проблемы деятельности адвокатов при осуществлении защиты по уголовным делам в отношении жертв домашнего насилия

Злата Михайловна Берёза, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: zлата_br96@mail.ru.

Аннотация

Статья посвящена проблемам, возникающим в деятельности адвокатов при оказании юридической помощи жертвам домашнего насилия, которым были предъявлены обвинения в причинении вреда жизни и здоровью своих обидчиков. В качестве основной стратегии защиты по таким уголовным делам рассматривается самооборона (необходимая оборона). Автор сравнивает законодательные подходы и особенности правоприменительной практики, возникающие при использовании данной стратегии на отечественном и зарубежном опыте (на примере США), отдельно останавливаясь на случаях, когда самооборона имела место вне открытого конфликта (в неконфронтационных обстоятельствах). На основе анализа подходов к данной проблеме в зарубежных юрисдикциях автор предлагает и в российской практике использовать доказательства, подтверждающие историю домашнего насилия и психологические травмы, которые они вызывают у жертвы, в таких категориях дел, чтобы подтвердить соответствие поведения жертвы насилия критериям необходимой обороны.

Ключевые слова: домашнее насилие; насилие в семье; необходимая оборона; самооборона; правозащитная деятельность.

Problems of the Activity of Lawyers in Protection in Criminal Cases in Respect of Victims of Domestic Violence

Zlata M. Beryoza, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
Graduate student; e-mail: zлата_br96@mail.ru.

Abstract

The article is devoted to the problems that arise in the activities of lawyers in providing legal assistance to victims of domestic violence who were charged with causing harm to the life and health of their offenders. Self-defense (necessary defense) is considered as the main defense strategy in such criminal cases. The author compares legislative approaches and features of law enforcement practice that arise when using this strategy on domestic and foreign experience (using the example of the United States), dwelling separately on cases where self-defense took place outside an open conflict (in non-confrontational circumstances). Based on the analysis of approaches to this problem in foreign jurisdictions, the author proposes in Russian practice to use evidence confirming the history of domestic violence and the psychological trauma they cause in the victim in such categories of cases in order to confirm the compliance of the behavior of the victim of violence with the criteria for necessary defense.

Keywords: domestic violence; domestic violence; necessary defense; self-defense; human rights activities.

Проблема домашнего насилия и надлежащих форм правовой реакции на данное явление является одной из наиболее актуальных в современной правоохранительной и правозащитной деятельности. Несмотря на усилия государств по повышению качества борьбы с насилием в семье, распространенность его по-прежнему велика^{1, 2}, а пострадавшие до сих пор не всегда получают необходимую помощь.

¹ Проведенное в 2014 г. исследование показало, что во многих европейских странах (Дания, Финляндия, Франция) 25–45 % опрошенных женщин подвергались домашнему насилию.

² Violence Against Women: An Eu-Wide Survey. Main results report. Dated of 3 March 2014. URL: <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-data-explorer-violence-against-women-survey> (дата обращения: 16.04.2021).

Невмешательство или неэффективность действий государства в подобных ситуациях часто приводит к смерти жертвы или самого нападавшего. Одной из ярких иллюстраций этой печальной тенденции является история сестер Хачатурян, обвиненных в убийстве своего спящего отца, который подвергал их физическому, сексуальному и психологическому насилию³. Эта история породила общественное обсуждение многих вопросов, связанных с феноменом домашнего насилия. Правовая дискуссия развернулась в числе прочего вокруг допустимости использования стратегии необходимой обороны в случаях, когда жертвы насилия совершают преступление в обстоятельствах, в которых обидчик не представляет для них непосредственной угрозы.

Совершенные в подобных обстоятельствах⁴ преступления, получившие в англоязычной литературе название *неконфронтационных (non-confrontational)*, представляют собой частое явление не только в отечественной, но и в зарубежной практике^{5,6} и именно они вызывают наибольшие сложности с точки зрения их квалификации. К таким сложностям, возникающим при оказании юридической помощи жертвам насилия в рамках возбужденных в отношении них уголовных дел, предлагается обратиться в настоящей работе. Так как названные затруднения испытывают и отечественные, и зарубежные юристы, представляется важным проанализировать в данной связи и опыт иностранных правовых порядков. В качестве примера такового нами были выбраны Соединенные Штаты Америки, где наиболее рано обнаружили рассматриваемые проблемы и были предложены успешные способы их решения.

В США при рассмотрении уголовных дел, в которых жертва домашнего насилия совершает преступление в отношении своего обидчика, наиболее частой стратегией защиты является *самооборона (self-defense)*. Между тем она не до конца приспособлена к представлению интересов пострадавших от насилия, и стороне защиты не всегда удается добиться оправдания или снисхождения для таких обвиняемых⁷.

Проблематичность применения стратегии самообороны обуславливается строгостью правовых стандартов, которым должна удовлетворять правовая ситуация для успешного к ней обращения. Среди них — доказанность «разумной уверенности» в непосредственности и реальности угрозы совершения в отношении обороняющегося лица уголовно наказуемого деяния, а также применения жертвой для отражения нападения только такой силы, которая была бы пропорциональна степени и характеру возможного вреда⁸. И если в ситуации открытого столкновения между обидчиком и его жертвой толкование указанных условий, при должном учете истории насилия в семье, не представляет особых сложностей⁹, то вне такого конфликта использование данной защиты бывает затруднено.

Кроме того, в некоторых штатах успешная апелляция к самообороне требует соблюдения условия «безопасного отступления» (*duty to retreat*), согласно которому лицо, которому угрожают, не может нанести вред своему агрессору, если у него есть возможность «отступить» в безопасное место¹⁰, то есть покинуть место проживания или обратиться за помощью.

Между тем в делах о домашнем насилии такое требование едва ли может быть оправдано. Во-первых, несмотря на комплексный подход властей США в вопросе защиты жертв насилия в семье, здесь практическая эффективность до сих пор оценивается неоднозначно. Во многих случаях семейного насилия, закончившихся убийством, пострадавшие пытались получить помощь от третьих лиц, в том числе государства, однако меры не были эффективны¹¹.

Во-вторых, при анализе допустимости требования «безопасного отступления» в делах о домашнем насилии важно учитывать поведение участников конфликта. Так, для многих жертв насилия характерно такое свойство ментального состояния, как синдром «выученной беспомощности»¹², предполагающий, что, находясь под длительным травмирующим воздействием агрессивных действий со стороны близкого лица, они воспринимают насилие как нечто неизбежное и прекращают попытки положить ему конец. Также объективная затруднительность ухода из таких отношений может быть вызвана чувством страха, отсутствием материальных средств, боязнью за судьбу детей, любовью к партнеру, стыдом, изолированностью от внешнего мира¹³. Не менее важна и реакция самого агрессора на

³ Их жизни хотят доломать. Решение — за присяжными. 31 августа в Мосгорсуде начнется отбор коллегии по делу сестер Хачатурян // Новая газета, 2020. № 94. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2020/08/31/86892-ih-zhizni-hotyat-dolomat> (дата обращения: 17.12.2020).

⁴ Когда обидчик спит, находится в незащищенном состоянии, и активный конфликт между сторонами отсутствует.

⁵ Убийства детьми своих родителей, как правило, совершаются, когда последние находятся в наиболее уязвимом положении.

⁶ Mones P. A. When a Child Kills: Abused Children Who Kill Their Parents. Pocket Books, 1991. P. 14.

⁷ Weskallnies S. Abuse Victims Who Kill and the New Rehabilitation Model. Mich. St. L. Rev. 2018. P. 454–455.

⁸ Goldman L. E. Nonconfrontational Killings and the Appropriate Use of Battered Child Syndrome Testimony: The Hazards of Subjective Self-Defense and the Merits of Partial Excuse. Case Western Reserve Law Review. 1995. Vol. 45. Iss. 1. Article 5. P. 187–188.

⁹ Maguigan H. Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals. U. Pa. L. Rev. 1991. Vol. 140. No. 2. P. 382.

¹⁰ Nourse V. F. Self-Defense and Subjectivity. University of Chicago Law Review. 2001. Vol. 68. Iss. 4. Article 3. P. 1284.

¹¹ См.: Wallace S. Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-Defense. University of Chicago Law Review. 2004. Vol. 7. Iss. 4. Article 12. P. 1775; Kinports K. So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense. St. Louis University Public Law Review. 2004. Vol. 23. No. 155. P. 159.

¹² См.: Kinports K. So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense. St. Louis University Public Law Review. 2004. Vol. 23. No. 155. P. 168; Dressler J. Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections. Ohio State Journal of Criminal Law. 2006. Vol. 3. P. 463.

¹³ Walker L. E. Battered Women: A Psychosociological Study of Domestic Violence. Harper & Row, 1979. P. 49–50, 64–69, 127–149.

стремление жертвы выйти из-под его контроля, что, как правило, эскалирует конфликт, создавая реальную угрозу жизни и здоровью¹⁴. Это делает требование «отступить» смертельно опасным для лица, страдающего от насилия в семье, не только налагая чрезмерно высокое бремя на сторону защиты при использовании стратегии самообороны, но и утверждая мифы и стереотипы о домашнем насилии, и потому такое требование редко находит законодательное закрепление и критикуется в научной литературе.

Что касается иных условий для использования стратегии самообороны, на практике сложности возникают в интерпретации критерия «непосредственности и реальности нападения». Его буквальное толкование запрещает применять самооборону превентивно или по прошествии времени после акта насилия, так как считается, что в таком случае жертва опасается будущей агрессии или мстит за уже совершенное в отношении нее насилие¹⁵. Между тем представляется, что соответствие поведения жертвы насилия критерию «непосредственности и реальности нападения» должно оцениваться с позиций самой жертвы. Так, вследствие пережитого опыта пострадавшие от насилия более чувствительны, точнее предсказывают вероятность грядущей атаки и степень ее интенсивности, нежели человек, не имеющий такого опыта. Кроме того, так как статистически большинство жертв насилия составляют женщины, которые менее развиты физически, чем их обидчики, возможность защищаться в момент активного столкновения сопряжена для них с риском для жизни. Несмотря на важность этих соображений, они не всегда принимаются судьями как достаточные для признания действий обвиняемых совершенными в обстоятельствах самообороны.

Вторая проблема заключается в толковании критерия «разумной убежденности» в необходимости применения силы. В американском праве стандарт «разумной убежденности», как правило, имеет объективный характер¹⁶, то есть при определении соответствия поведения лица указанному стандарту профессиональный судья или коллегия присяжных должны ориентироваться на некое среднее значение поведения разумного гражданина, с тем чтобы определить, поступил бы он в аналогичных обстоятельствах так, как это сделал обвиняемый, и было бы разумно ожидать от него такого поведения. Это затрудняет деятельность стороны защиты по уголовному делу, исключая или ограничивая представление доказательств, свидетельствующих об истории насилия в семье и позволяющих подтвердить, что в обстоятельствах домашнего насилия пострадавшие субъективно воспринимают обстановку совсем иначе, чем среднестатистический гражданин, не имеющий подобного опыта.

Предложения, которые выдвигаются для решения вышеназванных проблем, предполагают изменение существующих стандартов в пользу менее строгого их толкования. Одним из средств достижения данной цели является представление доказательств, свидетельствующих об истории насилия и негативном влиянии на психологию и поведенческие особенности жертвы. Подобные психологические травмы иногда приводят к возникновению у обороняющегося лица так называемого синдрома избитой женщины¹⁷ (*battered women syndrome, BWS*)¹⁸, доказательства существования которого у жертвы насилия почти повсеместно принимаются в ходе судебных разбирательств по подобным категориям дел¹⁹. Их использование позволяет без внесения изменений в существующие стандарты скорректировать практику их применения в пользу большего благоприятствования пострадавшим от домашнего насилия. В частности, они позволяют объяснить, почему жертвы не могут покинуть агрессора, обратившись за помощью к третьим лицам, и почему для них кажется разумным причинить вред насильнику даже в обстоятельствах, с очевидностью этого не требующих²⁰.

Между тем использование доказательств наличия BWS также не лишено критики, в частности, за создание определенного образа жертвы, который необходимо представить в суде для успешного использования стратегии самообороны. Такой подход может являться дискриминационным для лиц, не соответствующих этому образу, например финансово независимых женщин, которых коллегия присяжных обычно неохотно воспринимает как «беспомощных»²¹. Для решения этой проблемы и в качестве альтернативного объяснения поведения жертвы насилия была разработана теория «активного выживания» (*active survivor's theory*), которая фокусируется не на состоянии жертвы, а на внешних факторах (доминирующее поведение обидчика, правовые и культурные стигмы и т. д.), объясняющих особенности ее поведения. В ее основе лежит идея о том, что пострадавший не уходит из отношений насилия не из-за своей пассивности, а потому что попытки их покинуть не были успешны. Преимущество данной теории в том, что она объясняет многообразие поведенческих реакций на насилие, а также позволяет нивелировать дискриминационный характер отношения к жертвам как к лицам с расстройствами психики²².

¹⁴ Kinports K. Op. cit. P. 158.

¹⁵ Goldman L. E. Op. cit. P. 208–213.

¹⁶ Goldman L. E. Op. cit. P. 197–198.

¹⁷ Walker L. E. Op. cit.

¹⁸ Ввиду того, что статистически большинство пострадавших составляют женщины.

¹⁹ The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials: Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act. U.S. Department of Justice, May 1996. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/batter.pdf> (дата обращения: 16.04.2021).

²⁰ Dressler J. Op. cit. P. 463.

²¹ Kinports K. Op. cit. P. 173.

²² Kinports K. Op. cit. P. 175–176; Bejenaru A. Battered Women: Victims or Survivors? Social Change Review. 2011. No. 9 (1). P. 43–44.

Подводя промежуточный итог вышесказанному, можно сделать следующие выводы. Во-первых, американское законодательство не имеет специального регулирования рассмотрения и разрешения уголовных дел о преступлениях, совершенных в обстоятельствах домашнего насилия. Во-вторых, существующие общие механизмы критикуются за их невысокую адаптивность и частую неспособность учесть обстановку насилия, в которой находилась жертва, а также влияние, которое оно оказало на ее психологическое состояние. Наконец, в качестве основной проблемы правовой реакции на преступления, совершаемые жертвами домашнего насилия, является стереотипное отношение к пострадавшим и непонимание их психологии. Профессиональному судье и коллегии присяжных бывает трудно понять, а стороне защиты — объяснить, почему жертва не покинула своего обидчика или не обратилась за помощью. В качестве возможного решения данной проблемы предлагается использование доказательств, свидетельствующих о наличии BWS у обвиняемого и последствий, которые оказывает данный синдром на поведенческие особенности лица, им страдающего.

В российской судебной практике во многих историях жертв насилия, обвиняемых в преступлениях в отношении своих обидчиков, также встает вопрос о совершении преступления в условиях необходимой обороны. Между тем практическое применение данной стратегии критикуется в юридическом сообществе, причем многие из таких критических замечаний приобретают особую актуальность в обстоятельствах домашнего насилия.

Так, например, на практике зачастую утверждается, что лицо не находилось в состоянии необходимой обороны, так как не был установлен факт совершения общественно опасного посягательства. Между тем некоторые деяния не оставляют следов или других свидетельств их наличия, что затрудняет доказывание, но не означает, что посягательство не совершалось²³. Сказанное особо справедливо в случаях, когда причинение вреда предвлялось не преступлением, а угрозой его совершения. В этой связи важно отметить, что, хотя угроза убийством закреплена в качестве самостоятельного состава преступления, печально известно нежелание правоохранительных органов реагировать на такие заявления пострадавших, особенно если таковые имели место в ходе семейного конфликта^{24, 25}.

Еще одним примером распространенной ошибки является квалификация деяний как совершенных с превышением пределов необходимой обороны в обстоятельствах, когда она должна признаваться беспредельной и лицо не должно подлежать уголовной ответственности. Так, в одном из подобных дел обидчик нанес своей супруге Т. телесные повреждения и, угрожая убийством, начал выталкивать ее на балкон. Данные действия Т. восприняла как реальную и непосредственную угрозу жизни и, пытаясь защитить себя, нанесла супругу ножовое ранение, за что впоследствии была осуждена со ссылкой на превышение пределов необходимой обороны²⁶.

Помимо проблем, уникальных для российского правопорядка, отечественное право сталкивается и с теми, что известны иностранным юрисдикциям. Так, уже рассмотренное нами требование «безопасного отступления», отвергнутое американскими коллегами в делах о домашнем насилии, встречается и в отечественной правоприменительной практике. В одном из подобных уголовных дел К. была осуждена в соответствии с ч. 1 ст. 108 УК РФ за убийство при превышении пределов необходимой обороны, и одним из условий, в силу которого К. была признана виновной, являлось то обстоятельство, что она, имея возможность оставить место происшествия бегством, не сделала этого и нанесла С. удар ножом^{27, 28}.

Возвращаясь к ситуации, когда пострадавший от насилия причиняет вред своему обидчику в неконфронтационных обстоятельствах, стоит отметить, что наибольшие сложности для стороны защиты представляет доказывание соответствия действий обвиняемого темпоральным критериям, предъявляемым к необходимой обороне. В частности, затруднительным представляется установление наличия посягательства и корреспондирующего ему условия своевременности защиты, так как считается, что необходимая оборона недопустима от действий, которые не влекут неминуемого наступления вреда²⁹. Таким образом, отечественное правовое регулирование, по-видимому, не допускает применение силы в отсутствие непосредственной и реальной угрозы, то есть превентивно, и насильственные действия жертвы насилия по отношению к обидчику в неконфронтационных обстоятельствах не могут быть квалифицированы как необходимая оборона.

²³ Дорогин Д. А. Квалификационные ошибки в установлении условий правомерности необходимой обороны // Уголовное право, 2020. № 1. С. 22–31.

²⁴ Хорошо известна история погибшей от рук своего бывшего супруга Анны Овчинниковой, которая незадолго до своей смерти дважды сообщала в полицию об угрозах убийством, но в возбуждении уголовного дела было отказано со ссылкой на отсутствие достаточных доказательств совершения общественно опасного деяния. При этом даже после убийства в части обвинений в рамках ст. 119 УК РФ бывший супруг пострадавшей был оправдан.

²⁵ Приговор Верховного суда Чувашской Республики от 11 июля 2019 г. № 2-07/2019. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/cases/10436105#10436105> (дата обращения: 17.12.2020).

²⁶ Приговор Кузьминского районного суда г. Москвы от 26 июня 2017 г. по делу № 1-288/17. URL: <https://mos-gorsud.ru/rs/kuzminskij/cases/docs/content/15043961-fbc6-48eb-b8e1-c6ec9e7c0f26> (дата обращения: 16.04.2021); Апелляционное определение Московского городского суда от 7 августа 2015 г. по делу № 10-9630. URL: <https://mos-gorsud.ru/mgs/cases/docs/content/27a6530b-047f-4947-b11d-5cfd01d95553> (дата обращения: 16.04.2021).

²⁷ Впоследствии данное судебное решение было пересмотрено.

²⁸ Постановление Президиума Московского городского суда от 18 мая 2000 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 6. СПС «Консультант Плюс».

²⁹ Смирнов А. М., Баранова Е. А. Необходимая оборона и ее отграничение от внесудебных криминальных форм защиты прав и свобод личности (самосуда) // Российский следователь, 2016. № 10. С. 38–40.

При этом самостоятельный интерес в этой связи представляет вопрос о том, насколько превентивная оборона в принципе необходима и допустима в таких делах не только с правовых, но и этических позиций. С одной стороны, использование превентивной обороны основано лишь на вероятностном суждении о возможном продолжении насилия, которое может не оправдаться³⁰, с другой — эмпирические данные не подтверждают этот тезис. Напротив, практика показывает, что систематическое насилие в семье без своевременного вмешательства зачастую завершается смертью одного из участников конфликта. Учитывая то, что попытки жертвы покинуть своего агрессора увеличивают угрозу ее жизни, а правоохранительная система не всегда способна помочь в отражении такой угрозы, допустимость превентивной самообороны кажется одним из приемлемых сценариев, позволяющих обеспечить соблюдение прав пострадавших от насилия, вынужденных брать их защиту в собственные руки.

Однако идея превентивной самообороны порождает этическую дилемму, предполагая необходимость выбора между равнозначными ценностями — жизнями обидчика и жертвы, причем в ситуации, когда непосредственно жизни жертвы ничего не угрожало. При этом едва ли можно признать оправданным возможность прибегнуть к самозащите, допускающей причинение смерти предполагаемому обидчику, в условиях, когда последний не представляет непосредственной угрозы для жизни и здоровья жертвы, только потому что государство в лице правоохранительных органов оказалось неуспешно в обеспечении своей правоохранительной функции, в особенности учитывая то, как неохотно жертвы насилия обращаются к помощи государства. Таким образом, представляется, что применение такого подхода в неконфронтационных обстоятельствах если и допустимо, то не в качестве универсального, и возможность его использования в каждом конкретном случае должна оцениваться с максимальной осторожностью.

Анализируя российскую судебную практику по уголовным делам против жертв насилия, можно прийти к выводу, что судьи не склонны учитывать историю насилия и систематичность причиняемого жертве вреда в качестве заслуживающих внимания обстоятельств с точки зрения оценки обвиняемой реальности и непосредственности исходящей от агрессора угрозы. Так, в большинстве проанализированных решений даже термины «домашнее насилие» или «насилие в семье» не используются, а сами ситуации, следствием которых стало причинение вреда жизни и здоровью обидчику, зачастую признаются возникшими «на почве личных неприязненных отношений»³¹. Такой подход в целом укладывается в риторику отечественного законодателя о том, что дела о домашнем насилии не требуют специальных форм правовой реакции со стороны системы уголовной юстиции, однако существенно снижает уровень защищенности жертв насилия и справедливости разрешения соответствующих уголовных дел.

Также судебная практика показывает, что в деятельности адвокатов-защитников не находит повсеместной поддержки практика привлечения специалистов, способных представить профессиональное мнение о психологических особенностях жертв домашнего насилия и наиболее типичных поведенческих реакциях на него. Это может быть объяснено особенностями назначения судебных экспертов и стесненными возможностями стороны защиты в представлении альтернативных экспертных суждений в уголовном процессе. Между тем в свете предложений по совершенствованию состязательности уголовного судопроизводства³², которые касаются, среди прочего, использования заключений и показаний специалистов, указанная практика может быть скорректирована в пользу более частого использования таких доказательств. Представление заключений и показаний экспертов о травматичности опыта пережитого насилия в семье и его влияния на психологию и поведение жертв особенно важно для преступлений, совершенных в неконфронтационных обстоятельствах. Это способствует преодолению стереотипов, стигматизирующего отношения к пострадавшим и вынесению более справедливых решений.

Таким образом, российское законодательство и судебная практика о необходимой обороне страдает недостатками, затрудняющими деятельность адвокатов, представляющих интересы обороняющегося, в том числе при рассмотрении уголовных дел против жертв домашнего насилия, обвиняемых в совершении преступлений в отношении своих обидчиков. Кроме того, обстоятельства домашнего насилия порождают дополнительные проблемы в данной связи, часть из которых характерна только для отечественного права (нежелание признавать уголовно-наказуемый характер в действиях обидчика), тогда как иные свойственны и для иностранных юрисдикций (вопрос о допустимости превентивной самообороны). Между тем российская судебная практика, в отличие от зарубежной, не отделяет причинение вреда жертвами домашнего насилия, особенно в неконфронтационных обстоятельствах, от любых других преступлений, совершенных с применением необходимой обороны, что не позволяет учитывать психологические и поведенческие особенности обвиняемых в целях более справедливого рассмотрения и разрешения таких уголовных дел. В качестве перспективы в деятельности адвокатов-защитников видится расширение использования показаний специалистов, позволяющих представить соответствующую информацию судьям и присяжным заседателям.

³⁰ Goldman L. E. Op. cit. P. 208.

³¹ Апелляционное определение Московского городского суда от 7 августа 2015 г. по делу № 10-9630. URL: <https://mos-gorsud.ru/mgs/cases/docs/content/27a6530b-047f-4947-b11d-5cfd01d95553> (дата обращения: 16.04.2021).

³² Проект Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (в части установления дополнительных гарантий реализации принципа состязательности сторон)». URL: <https://regulation.gov.ru/projects?fbclid=IwAR2hvhxPKyCdlzWDRha2t2yErKb56VxTDxUR0ad2lCsRltglVuCLrLlmc#nra=107783> (дата обращения: 16.04.2021).

Литература

1. *Дорогин Д. А.* Квалификационные ошибки в установлении условий правомерности необходимой обороны // Уголовное право, 2020. № 1. С. 22–31.
2. *Смирнов А. М., Баранова Е. А.* Необходимая оборона и ее отграничение от внесудебных криминальных форм защиты прав и свобод личности (самосуда). Российский следователь, 2016. № 10. С. 38–40.
3. *Bejenaru A.* Battered Women: Victims or Survivors? Social Change Review. 2011. No. 9 (1). P. 41–66.
4. *Dressler J.* Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections. Ohio State Journal of Criminal Law. 2006. Vol. 3. P. 457–471.
5. *Goldman L. E.* Nonconfrontational Killings and the Appropriate Use of Battered Child Syndrome Testimony: The Hazards of Subjective Self-Defense and the Merits of Partial Excuse. Case Western Reserve Law Review. 1995. Vol. 45. Iss. 1. Article 5. P. 185–249.
6. *Kinports K.* So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense. St. Louis University Public Law Review. 2004. Vol. 23. No. 155. P. 155–192.
7. *Maguigan H.* Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals. U. Pa. L. Rev. 1991. Vol. 140. No. 2. P. 379–485.
8. *Mones P. A.* When a Child Kills: Abused Children Who Kill Their Parents. Pocket Books, 1991. 331 p.
9. *Nourse V. F.* Self-Defense and Subjectivity. University of Chicago Law Review. 2001. Vol. 68. Iss. 4. Article 3. P. 1235–1308.
10. The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials: Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act. U.S. Department of Justice, May 1996. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/batter.pdf> (дата обращения: 16.04.2021).
11. *Walker L. E.* Battered Women: A Psychosociological Study of Domestic Violence. Harper & Row, 1979. 270 p.
12. *Wallace S.* Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-Defense. University of Chicago Law Review. 2004. Vol. 71. Iss. 4. Article 12. P. 1749–1781.
13. *Weskalnies S.* Abuse Victims Who Kill and the New Rehabilitation Model. Mich. St. L. Rev. 2018. P. 451–511.

References

1. Dorogin, D. A. Qualification Errors in Establishing the Conditions for the Legitimacy of the Necessary Defense [Kvalifikatsionnye oshibki v ustanovlenii usloviy pravomernosti neobkhdimoy oborony]. Criminal Law [Ugolovnoe pravo]. 2020. No. 1. P. 22–31.
2. Smirnov, A. M., Baranova, E. A. Necessary Defense and Its Delimitation From Extrajudicial Criminal Forms of Protection of The Rights and Freedoms of The Individual (Lynching) [Neobkhdimaya oborona i ee otgranichenie ot vnesudebnykh kriminal'nykh form zashchity prav i svobod lichnosti (samosuda)]. Russian Investigator [Rossiyskiy sledovatel']. 2016. No. 10. P. 38–40.
3. Bejenaru, A. Battered Women: Victims or Survivors? Social Change Review. 2011. No. 9 (1). P. 41–66.
4. Dressler, J. Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections. Ohio State Journal of Criminal Law. 2006. Vol. 3. P. 457–471.
5. Goldman, L. E. Nonconfrontational Killings and the Appropriate Use of Battered Child Syndrome Testimony: The Hazards of Subjective Self-Defense and the Merits of Partial Excuse. Case Western Reserve Law Review. 1995. Vol. 45. Iss. 1. Article 5. P. 185–249.
6. Kinports, K. So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense. St. Louis University Public Law Review. 2004. Vol. 23. No. 155. P. 155–192.
7. Maguigan, H. Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals. U. Pa. L. Rev. 1991. Vol. 140. No. 2. P. 379–485.
8. Mones, P. A. When a Child Kills: Abused Children Who Kill Their Parents. Pocket Books, 1991. 331 p.
9. Nourse, V. F. Self-Defense and Subjectivity. University of Chicago Law Review. 2001. Vol. 68. Iss. 4. Article 3. P. 1235–1308.
10. The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials: Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act. U.S. Department of Justice, May 1996. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/batter.pdf> (accessed date: 16 April 2021).
11. Walker, L. E. Battered Women: A Psychosociological Study of Domestic Violence. Harper & Row, 1979. 270 p.
12. Wallace, S. Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-Defense. University of Chicago Law Review. 2004. Vol. 71. Iss. 4. Article 12. P. 1749–1781.
13. Weskalnies, S. Abuse Victims Who Kill and the New Rehabilitation Model. Mich. St. L. Rev. 2018. P. 451–511.

Правовое понимание партнерства предпринимателей и органов публичной власти в России

Сушильников Илья Сергеевич, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: sushilnikov@gmail.com, isushilnikov@hse.ru.

Аннотация

Актуальность исследования обусловлена неразрешенностью вопроса о сущности партнерства предпринимателей и органов власти, что на практике порождает судебные споры. В статье дан анализ использования термина «партнерство предпринимателей и органов власти» в законодательстве. Автором приведены теоретические разработки в области исследования понятия «партнерство» в философской, экономической и юридической науке. Предпринята попытка идентификации термина «партнерство предпринимателей и органов власти» в российском законодательстве через призму федерального и регионального законодательства, а также с помощью подзаконных нормативно-правовых актов. Рассмотрено законодательство отдельных субъектов, действовавшее до вступления в силу законодательства о государственно-частном партнерстве, как учитывающее многообразие форм осуществления такого партнерства. Автор, апеллируя к судебной практике, делает вывод о практической значимости идентификации термина «партнерство предпринимателей и органов власти». Приведено авторское определение термина «партнерство предпринимателей и органов власти».

Ключевые слова: понятие партнерства; ГЧП; открытая текстура текста; взаимодействие предпринимателей и органов власти.

Legal Understanding of Partnership between Entrepreneurs and Public Authorities in Russia

Ilya S. Sushilnikov, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student; e-mail: sushilnikov@gmail.com, isushilnikov@hse.ru.

Abstract

The relevance of the study is due to the unresolved issue of the nature of the partnership between entrepreneurs and authorities, which in practice generates litigations. The article analyzes the use of the term “partnership of entrepreneurs and authorities” in legislation based on methodological prerequisites. The author presents theoretical developments in the field of research of the concept of “partnership” in philosophical, economic and legal science. The author attempts to identify the term “partnership of entrepreneurs and authorities”. The local legislation prior to enforcement of law on PPP is considered as taking into account the variety of forms of such partnerships. The author underline the practical significance of the term “partnership of entrepreneurs and authorities”. The author gives the definition of the term “partnership of entrepreneurs and authorities”.

Keywords: partnership; PPP; open texture; interaction of entrepreneurs and authorities.

Понимание партнерства в различных сферах знаний

Термин «партнерство» имеет междисциплинарный характер. Он используется не только в правовых науках, но и в философских, исторических, политических, экономических и иных сферах знаний³³.

В историческом контексте использование термина «партнерство» как содержательной категории для описания отношений распределения рисков можно увидеть в XX в. Слово partner происходит из французского языка XVIII в. от форм слов *partcipner*, *partseper*: в то время это означало единоличное владение совместного использования

³³ См., например: *Щетинина О. В.* Философия активного поворота в социальной политике: приоритеты технологий социального партнерства // *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России*, 2021. № 1 (53). С. 294–296; *Mostepanuk A.* The Development of the Public-Private Partnership Concept in Economics Theory. *Advances in Applied Sociology*, 2016. No. 6. P. 375–388; *Сухарь А. А.* Политическое партнерство в современной России // *Философия права*, 2007. № 1. С. 63–65.

и производно от латинского *partitio-partitionis*, означающего разделение, отделение или деление³⁴. В этом смысле преобладает негативный семантический ряд. В то же время глагол *partager* может иметь нейтральный перевод и означает разделять с кем-то что-то, например разделить ответственность. Если в партнерстве есть позитивная коннотация, то это обусловлено не только учетом наличия общих черт, но и учетом существующих различий, что позволяет говорить о том, что партнерские отношения парадоксальны, интерактивны и развиваются именно потому, что организованы вокруг природы субъектного состава, в котором присутствует два равновеликих, но разных субъекта.

В философии термин «партнерство» рассматривается под разным углом. А. М. Гурвич различает «партнерства» по трем параметрам. Партнерство находит свою определяющую основу в наших практических и материальных отношениях с окружающим миром. А. М. Гурвич указывает, что «партнерство» может различаться в зависимости от соотношения ролей и целей партнеров: где роли партнеров и цели могут быть как различны, так и одинаковы³⁵. Философ утверждает, что мы воспринимаем «партнерство» как процесс с вовлечением других людей в различные практики, направленные на выживание, процветание и удовольствие. Примечательно, что А. М. Гурвич подтверждает значимую роль права при осуществлении партнерства³⁶. Действительно, суть правил игры и суть гражданско-правовых норм одна и та же — гарантировать, что каждый партнер (контрагент) должным образом выполняет свои роли или функции. Сильвия Мятта со ссылкой на Сейла Бенхабиба называет следующие признаки партнерства: партнеры равны по своей человечности, но неравны с точки зрения условий их жизни, партнерство не может и не должно уstrarнять возможное неравенство и асимметрию между партнерами³⁷.

Важны отличия понятия «партнерства» от смежных понятий. Так, от «членства» «партнерство» отличается прежде всего тем, что субъекты «членства» идентифицируют себя как принадлежащие (добровольно или недобровольно) к определенной социальной общности, основанной на общей культуре и традиции. Согласно Дж. Драммонду в отличие от членства партнерство может быть только добровольным³⁸. Нужно также различать понятия «партнерство» и «взаимодействие». С. Прокофьев утверждает, что последнее по своему значению шире, включает в себя понятие «партнерство»³⁹ и представляет собой любое действие субъектов, направленных друг на друга. Наконец, необходимо установить различие между понятиями «сотрудничество» и «партнерство». «Сотрудничество» является совокупностью действий, организованных в рамках совместной программы, разработанной на основе общих целей⁴⁰, в то время как «партнерство» — это совокупность действий, направленных на удовлетворение различных целей субъектов такого партнерства.

Таким образом, партнерство как философская категория представляет собой добровольное объединение людей, основанное на дифференциации ролей, и направленное на поддержание жизнедеятельности, развитие или удовлетворение иных потребностей. Можно сказать, что в философских науках под партнерством понимается процесс вовлечения людей в различные практики с распределением ролей, направленные на выживание и процветание.

Политическое партнерство, по мнению А. А. Сухарь, это «особый вид взаимоотношений, направленный на выработку общей конструктивной позиции, совместных политических действий, долгосрочных программ, выражающих интересы субъектов». При этом политическое партнерство может осуществляться на международном уровне, что закрепляется в актах международных организаций. Термин «партнерство» был определен в 2002 г. комитетом содействия развитию Организации экономического сотрудничества и развития как понятие, «подразумевающее общие цели, общую ответственность за результаты, четкую подотчетность и взаимные обязательства»⁴¹.

Согласно С. Осборну термин «партнерство» используется в социальных науках в смысле, обозначающем структурную конфигурацию, характеризующую сосуществованием различных социальных субъектов посредством совместного добровольного взаимодействия, определенными целями, формализованностью отношений, в среднесрочной или долгосрочной перспективе с распределением ресурсов, навыков и рисков и с целью реализации общего проекта, неосуществимого для каждого лица в отдельности⁴². Л. Боккацин утверждает, что такие общие проекты направлены на достижение общественной пользы и выгодны для каждого из задействованных

³⁴ *Mérini C.* Le partenariat: Instrument Juridique et/ou Politique, le Cas de l'OSCE. *Revue Québécoise de droit international*, 1995. Vol. 9. P. 21–34.

³⁵ *Dermot M.* Husserl and Gurwitsch on Horizontal Intentionality. The Gurwitsch Memorial Lecture 2018. *Journal of Phenomenological Psychology*, 2019. P. 40.

³⁶ *Gurwitsch A.* *Human Encounters in the Social World*. Pittsburgh. Duquesne University Press, 1979. P. 117–118.

³⁷ *Määttä S., Lützn K., Öresland S.* Contract Theories and Partnership in Health Care. *A Philosophical Inquiry to the Philosophy of John Rawls and Seyla Benhabib*. *Nursing Philosophy*, 2017. P. 18 (3).

³⁸ *Drummond J. J.* Forms of Social Unity: Partnership, Membership, and Citizenship. *Husserl Studies* 18. 2002. P. 141–156.

³⁹ *Прокофьев С.* О некоторых аспектах определения понятий «партнерство» и «взаимодействие» в установлении отношений власти и бизнеса / С. Прокофьев, Ю. Рагулина, Т. Братарчук // *Проблемы теории и практики управления*, 2019. № 1. С. 8–14.

⁴⁰ *Castañer X., Oliveira N.* Collaboration, Coordination, and Cooperation Between Organizations: Establishing the Distinctive Meanings of These Terms Through a Systematic Literature Review // *Journal of Management*, 2020. 46 (6). P. 965–1001.

⁴¹ Organisation de Coopération et de Développement Economiques. *Glossaire des principaux termes relatifs à l'évaluation et la gestion axée sur les résultats*, Groupe de travail du CAD sur l'évaluation de l'aide. 2nd ed. DCD/DAC/EV (2022) 2. 2022. P. 21.

⁴² *Osborne S., Murray V.* Understanding the Process of Public-private Partnerships. In S. Osborne, *Public-Private Partnerships*. London and New York, Routledge (ed.), 2000. P. 70–83.

социальных субъектов⁴³. Следовательно, партнерство в социальной сфере обладает признаками добровольности, взаимовыгодной направленности на долгосрочную перспективу для достижения общего благополучия.

Необходимо отметить, что теория партнерских отношений бизнеса и власти как многоаспектная система комплексных экономических и социальных институтов является объектом изучения экономической науки. К. Дитлхак определяет партнерство как «инициативы, которые государственный сектор реализует совместно с частным сектором, ориентированным на получение прибыли, позволяющим добиться большей эффективности вовлеченных сторон»⁴⁴. Каждый из партнеров вносит свой вклад в виде ресурсов (финансовых, человеческих, технических или нематериальных, таких как информационная и политическая поддержка) и участвует в процессе принятия решений. Ф. Лонг и М. Б. Арнольд определяют партнерство как «добровольное сотрудничество между двумя или более организациями, наделенными общим планом действий и направленными на достижение реалистичной и потенциально измеримой цели»⁴⁵.

Понятие «партнерство» в правовой науке следует рассматривать применительно к правоотношениям, складывающимся на основании нормативных правовых актов, регулирующих отдельные виды партнерств. Понятие «партнерство» используется в гражданском праве, трудовом праве, в законодательстве о государственно-частном партнерстве, в законодательстве субъектов Российской Федерации, в правовых актах о реформировании и развитии государства и общества.

Несмотря на теоретический характер определения «партнерства», правильное понимание сущности сложившихся между предпринимателями и органами власти правоотношений может на практике влиять на итоговые судебные решения по спорам сторон.

Так, например, арбитражные суды Уральского округа по делу № А76-35964/2018 рассмотрели вопрос о фактически сложившихся правоотношениях между администрацией Миасского городского округа Челябинской области и ООО «Инвестстрой-Плюс», исходя из договора о совместной деятельности в целях реконструкции и достройки объекта от 21.12.2006 и договора аренды земельного участка в долгосрочную аренду в целях реконструкции и достройки спального корпуса в зоне размещения туристических баз.

При этом общество настаивало на том, что сложившиеся правоотношения обладают всеми существенными условиями соглашения о муниципально-частном партнерстве. Арбитражные суды и Верховный Суд Российской Федерации поддержали доводы администрации Миасского городского округа о фактическом наличии отношений аренды земельного участка между ООО «Инвестстрой-Плюс» и исполнительным органом муниципального образования и отказали ООО «Инвестстрой-Плюс» в удовлетворении заявленных требований о продлении аренды земельного участка.

Представляется, что суды формально подошли к рассматриваемому вопросу, не вникая в суть отношений, сложившихся между органом публичной власти и предпринимателем. Правоотношения между ООО «Инвестстрой-Плюс» и администрацией возникли до принятия законодательства о государственно-частном партнерстве как на федеральном уровне (2015 г.), так и на региональном, так как закон Челябинской области № 475-30 «Об участии Челябинской области в государственно-частном партнерств» был принят в 2009 г. При квалификации фактически сложившихся правоотношений в силу ст. 422 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) к правоотношениям применяются иные нормы, действовавшие в момент заключения договора о муниципально-частном партнерстве, а его существенные условия, установленные в законодательстве о государственно-частном партнерстве, не распространяются на соглашения, подписанные до вступления в силу закона о государственно-частном партнерстве.

Данный вывод находит свое отражение и в обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ от 25.11.2020, а именно: к договору применяются нормы, действовавшие в момент его заключения. Следовательно, для квалификации договора как соглашения о партнерстве органа публичной власти и предпринимателя необходимо использовать нормы, действовавшие в момент его заключения. Вопрос о фактически сложившихся партнерских отношениях не до конца учтен в ходе судебной интерпретации существа спора.

Таким образом, термин «партнерство» используется в законодательстве о государственно-частном партнерстве, трудовом законодательстве, в правовых актах о направлениях реформирования и развития государства и др. Обобщая и объединяя эти различные определения, можно выделить основные критерии, характеризующие партнерство как правовую категорию: добровольный характер; взаимозависимость между партнерами; совместные инициативы представителей разных слоев общества; вклад ресурсов от каждого партнера; участие каждого партнера в процессе принятия решений; готовность достичь реалистичной и потенциально измеримой цели. Кроме того, партнерские отношения обладают следующими качествами: приносят пользу всем участникам партнерства; решают глобальные проблемы общества.

⁴³ Boccacin L. Progettare e realizzare partnership sociali nei servizi alla famiglia: un'analisi comparata dei tre studi di caso. In G. Rossi e L. Boccacin (a cura di), Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e Terzo Settore, Milano, FrancoAngeli. 2007. P. 152–173.

⁴⁴ Dithlake K. J. Multidisciplinary Community Development: A Substantive Theory for Community Partnerships processes. African Journal of Governance and Development, 2022. 11 (1.1). P. 164–189.

⁴⁵ Long F. J., Arnold M. B. The Power of Environmental Partnerships. Fort Worth: The Dryden Press, 1995. P. 6.

Установление партнерства в отношениях предпринимателей и органов публичной власти в отраслевом законодательстве

Термин «партнерство» в правовом регулировании используется в гражданском законодательстве применительно к хозяйственным партнерствам и некоммерческим партнерствам (ст. 50 ГК РФ). Согласно ст. 2 Федерального закона от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» таким партнерством является коммерческая организация, в управлении деятельностью которой в соответствии с законом задействованы участники партнерства, а также иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством.

Партнерство в гражданском законодательстве может рассматриваться в формате коммерческого или некоммерческого юридического лица, основанного на договоре об управлении партнерством, и носит скорее организационно-правовой характер. Иная интерпретация кажется менее актуальной для содержательной характеристики партнерства: дифференциация ролей и реальное разделение рисков между членами партнерства, направленные на решение публичных задач или социальных проблем. Следовательно, термин «партнерство» согласно ст. 50 Гражданского кодекса Российской Федерации не может характеризовать отношения между предпринимателями и органами власти.

Термин «партнерство» используется применительно к понятию государственно-частного партнерства, закрепленному в Федеральном законе от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о государственно-частном партнерстве). В целях идентификации семантического значения термина «партнерство» представляется целесообразным привести здесь определение государственно-частного партнерства, которым является, согласно ст. 3 Закона о государственно-частном партнерстве, «сотрудничество публичного партнера и частного партнера, юридически оформленное соглашением на определенный срок и основанное на объединении ресурсов, распределении рисков, в целях привлечения в экономику частных инвестиций, обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления доступности товаров, работ, услуг и повышения их качества».

В этом определении государственно-частного партнерства отражены основные упомянутые признаки партнерства: добровольность, дифференциация ролей, направленность на определенные цели (с философской точки зрения), разделение рисков и объединение ресурсов (с экономической точки зрения), равноправие и заключение в договорной форме (с политико-правовой точки зрения). Критерий равноправия и добровольности в данном определении выражен не ярко, но следует из гражданско-правовой природы соглашения о государственно-частном партнерстве и, следовательно, прав публичного партнера и частного партнера вступать в правоотношения добровольно. Направленность на цели выражается в привлечении в экономику страны частных инвестиций, в то время как для частного партнера цель законодательно не определена, что гарантирует частному партнеру маневр в совершении действий в рамках государственно-частного партнерства. Разделение рисков, следовательно и ответственности, и объединение ресурсов прямо упомянуты в анализируемом определении.

Для целей данного исследования термины «государственно-частное партнерство» и «партнерство предпринимателей и органов власти» (или «партнерство в отношениях предпринимателей и органов власти») не тождественны. Второе понимается как партнерство в широком смысле, включающее в себя не только контрактные формы взаимодействия органов власти и предпринимателей, но и иные формы взаимодействия бизнеса и власти, удовлетворяющие критериям партнерских отношений субъектов. Государственно-частное партнерство можно понимать как партнерство в узком смысле, а именно как договор, закрепляющий права и обязанности публичного и частного партнера, так и партнерство в широком смысле. Следовательно, термин «государственно-частное партнерство» можно рассматривать как договорно-правовую конструкцию с закрепленными в Законе о государственно-частном партнерстве существенными условиями (государственно-частное партнерство в узком смысле) и как характеристику правоотношений публичного и частного партнера, обладающую признаками, поименованными в легальной дефиниции ст. 3 Закона о государственно-частном партнерстве (в широком смысле).

Свое определение государственно-частного партнерства предложила Н. А. Игнатюк: «Сотрудничество органов публичной власти с субъектами негосударственного управления, осуществляемое на основе объединения ресурсов, направленное на реализацию государственной политики, удовлетворения общественных потребностей, создания общественно значимых объектов или защиты прав граждан»⁴⁶. Именно широкий подход позволяет исследовать феномен партнерства в контексте государственно-частного партнерства во всем многообразии форм взаимодействия органов власти и бизнеса.

Термин «партнерство» в трудовом законодательстве используется применительно к понятию социального партнерства. Так, согласно ст. 23 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) социальное партнерство представляет собой систему взаимоотношений между работниками, работодателями, органами государственной

⁴⁶ Игнатюк Н. А. Государственно-частное партнерство в России // Право и экономика, 2006. № 8. С. 4.

власти, органами местного самоуправления, направленную на обеспечение согласования интересов работников и работодателей по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Стоит отметить, что термин «социальное партнерство» был введен в текст Конституции Российской Федерации. Так, ст. 75.1 Конституции России обеспечивает сбалансированность прав и обязанностей гражданина, социальное партнерство, экономическую, политическую и социальную солидарность.

В иных отраслях законодательства термин «партнерство» также используется для характеристики определенных общественных отношений. Однако с некоторыми отличиями от содержательного наполнения рассматриваемого термина в гражданском, трудовом законодательстве или о государственно-частном партнерстве. Согласно закону РФ от 07.07.1993 № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» торгово-промышленные палаты выполняют задачи в том числе «по принятию мер, в рамках предоставленных им прав, к недопущению и пресечению недобросовестной конкуренции и неделового партнерства». Можно было бы интерпретировать использование термина «партнерство» в данном случае в ином смысле, как направленное на частных лиц в целях недопущения недобросовестной конкуренции. Между тем торгово-промышленные палаты организуют взаимодействие между субъектами предпринимательской деятельности, их взаимодействие с органами государственной власти и органами местного самоуправления, а также с социальными партнерами (п. 2 ст. 3 закона РФ от 07.07.1993 № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»). Следовательно, в данном случае термин «партнерство» следует рассматривать в широком смысле.

Проекты государственной корпорации «ВЭБ.РФ», согласно ст. 3 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ «О государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ», основаны на принципах партнерства, совместного участия в распределении прибыли и убытков. Так как «ВЭБ.РФ», являясь государственной корпорацией, осуществляет функции агента Правительства Российской Федерации⁴⁷, то можно в полной мере утверждать, что принципы партнерства здесь используются в широком смысле, в том числе как принципы партнерства предпринимателей и государственной корпорации «ВЭБ.РФ».

Установление партнерства в правовых актах о реформировании и развитии государства

На подзаконном уровне использование термина «партнерство» осуществляется постановлениями и распоряжениями Правительства Российской Федерации. Значительное количество актов Правительства Российской Федерации посвящено государственно-частному партнерству, например постановления Правительства Российской Федерации от 30.12.2015 № 1490, от 19.12.2015 № 1388, от 04.12.2015 № 1322 и т. д. Согласно гл. 2 постановления Правительства Российской Федерации от 03.10.2013 № 864 «О федеральной целевой программе «Повышение безопасности дорожного движения в 2013–2020 годах» задачи данной программы позволят обеспечить сотрудничество и партнерство с участием всех заинтересованных сторон в государственном, муниципальном и частном секторах с привлечением гражданского общества.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г. (далее — Концепция), утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 17.11.2008 № 1662-р, установлены формы и механизмы стратегического партнерства государства, бизнеса и общества. Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации предполагает сочетание конкуренции на рынке труда с партнерскими отношениями работников, работодателей и государства, развитие частно-государственного партнерства, развитие новых форм социального партнерства, механизмов взаимодействия государства, бизнеса и структур гражданского общества. Использование термина «частно-государственное партнерство» не стоит рассматривать как синоним государственно-частного партнерства. Последнее в том значении, в котором оно употребляется в Законе о государственно-частном партнерстве, является семантически более узким понятием.

Использование Правительством Российской Федерации понятия «партнерство» применительно к взаимодействию государственных органов и предпринимателей показывает некоторые особенности данного определения. Так, например, большое разнообразие форм такого партнерства усматривается из Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г., в которой названы в том числе институты экспертной деятельности и саморегулирования. Направленность партнерства на долгосрочное сотрудничество с широким кругом предпринимателей можно увидеть в Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 г. А социальный характер партнерства, то есть его направленность на удовлетворение общественных нужд, просматривается в концепциях федеральных целевых программ по развитию разных форм промышленности, в том числе по развитию фармацевтической и медицинской промышленности.

⁴⁷ О федеральном бюджете на 2021 год и на плановый период 2022 и 2023 годов (ст. 18) : федер. закон от 08.12.2020 № 385 // Собрание законодательства РФ, 14.12.2020, № 50 (ч. I), ст. 8030 (закон, прил. 1–10, прил. 12).

На уровне подзаконных нормативно-правовых актов важную роль играют указы Президента Российской Федерации. Так, для развития сети Интернет и информационной инфраструктуры государства Президент Российской Федерации настаивал на необходимости создания новых механизмов партнерства для построения системы доверия в сети Интернет в целях личной безопасности пользователей (пп. «д» п. 34 указа Президента РФ от 09.05.2017 № 203). Указ Президента РФ от 07.05.2012 № 603 предполагал в 2012 г. создание новых производств продукции военного назначения через механизм государственно-частного партнерства.

Президент Российской Федерации в своих посланиях Федеральному собранию Российской Федерации не раз использовал термин «партнерство» в контексте взаимоотношений государства и бизнеса. Так, в послании Президента Российской Федерации Федеральному собранию от 17.02.1998 утверждается, что, «только создав отношения здорового партнерства между обществом, властью и бизнесом, можно рассчитывать на массивные инвестиции в выздоравливающую экономику России»⁴⁸. Президент Российской Федерации в послании Федеральному собранию от 06.03.1997 отмечает развитие социального партнерства как способа находить компромиссные решения, учитывающие интересы как предпринимателей, так и трудящихся⁴⁹. Президент Российской Федерации в послании Федеральному собранию от 04.12.2014 говорил следующее: «Отношения бизнеса и государства должны строиться на философии общего дела, на партнерстве и равноправном диалоге».

Из использованного Президентом Российской Федерации в своих посланиях контекстуального наполнения термина «партнерство» можно заключить, что партнерство применительно к отношениям органов власти и бизнеса — это принцип взаимодействия, основанный на равноправии, который позволяет улучшать экономическое состояние государства и находить компромисс при принятии общественно значимых решений.

Понятие «партнерство» в законодательстве отдельных субъектов Российской Федерации

Впервые термин «государственно-частное партнерство» появился в законодательстве Санкт-Петербурга и означал «взаимовыгодное сотрудничество Санкт-Петербурга с юридическим или физическим лицом в реализации социально значимых проектов и иных проектов, которое осуществляется путем заключения и исполнения соглашений, в том числе концессионных»⁵⁰.

В Москве нормативное определение государственно-частного партнерства было дано в постановлении Правительства от 02.09.2008 № 781-ПП «О городской целевой комплексной программе создания инновационной системы в городе Москве на 2008–2010 гг.» (отменено в 2014 г.): была дана дефиниция государственно-частного партнерства, которое представляет собой «альянс между государством и бизнесом в целях реализации национальных и международных, масштабных и локальных, но всегда общественно значимых проектов в широком спектре сфер деятельности: от развития стратегически важных отраслей промышленности и научно-исследовательских конструкторских работ (НИОКР) до обеспечения общественных услуг». Если проанализировать рассматриваемое определение на предмет его соответствия Закону о государственно-частном партнерстве, то можно утверждать, что данное определение государственно-частного партнерства в широком смысле наиболее соответствует термину «партнерство предпринимателей и органов власти», так как отсутствует привязка к обязательному соблюдению письменной формы партнерства или иные ограничения осуществления такого партнерства.

В субъектах Российской Федерации партнерство может воплощаться через формы консультативно-совещательных органов. Такие формы подразумевают отсутствие материального характера взаимоотношений. В законодательстве некоторых субъектов Российской Федерации под информационно-консультационной поддержкой понимается оказание информационного, методического, организационного содействия, а также содействие в получении целевого финансирования или в проведении выставок, форумов и иных мероприятий и участии в них (например, Республика Татарстан: ст. 7 закона РТ от 01.08.2011 № 50-ЗРТ).

В законе Челябинской области № 475-ЗО «Об участии Челябинской области в государственно-частном партнерстве» от 24.09.2009 (утратил силу 02.02.2016) государственно-частное партнерство определялось как «сотрудничество в реализации социально значимых для Челябинской области проектов, которое осуществляется путем заключения и исполнения соглашений о государственно-частном партнерстве». Более того, объектом соглашения о государственно-частном партнерстве по такому соглашению могло быть имущество, создаваемое, реконструируемое или эксплуатируемое. Так, представляется, что ранее упомянутый договор между ООО «Инвестстрой-Плюс» и администрацией Миасского городского округа соответствует определению государственно-частного партнерства в Челябинской области. К сожалению, в рамках рассмотрения дела № А76-35964/2018 арбитражные суды не применили названный закон. Однако его применение могло оказать существенное влияние

⁴⁸ Послание Президента РФ Федеральному собранию от 17.02.1998 // Российская газета, № 36, 24.02.1998.

⁴⁹ Послание Президента РФ Федеральному собранию от 24.02.1994 // Российская газета, № 38, 25.02.1994.

⁵⁰ Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах : закон Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 (ред. от 26.11.2015) (принят ЗС СПб 20.12.2006) // Санкт-Петербургские ведомости, 28.12.2006, № 244.

на понимание сущности партнерских отношения между представителями бизнеса и власти в Челябинской области, а также повлиять на существо итогового решения по делу.

Выводы

Таким образом, правовое понимание сущности партнерства между предпринимателями и органами власти, как и правильное определение термина «партнерство», остается важным условием для разрешения правовых споров между предпринимателями и органами власти.

В философских науках под партнерством понимается процесс вовлечения людей в различные практики с распределением ролей, направленные на выживание и процветание, в социальной сфере партнерство обладает признаками добровольности, взаимовыгодной направленности на долгосрочную перспективу для достижения общего благополучия, а в экономических науках отмечают признаки разделения рисков и объединение ресурсов. Правовые формы реализации партнерства в отношениях предпринимателей и органов публичной власти различны. Партнерство устанавливается в законодательстве разных отраслей права. Установление закрытого перечня форм партнерства бизнеса и власти может оказаться губительным для представителей предпринимательства, так как лишит партнерство гибкости в осуществлении частных и публичных интересов.

Под партнерством предпринимателей и органов власти в широком смысле с точки зрения права понимается способ взаимодействия между предпринимателями и органами власти, основанный на равноправии и многообразии форм, направленный на улучшение экономического состояния государства, на долгосрочное сотрудничество с широким кругом предпринимателей, на удовлетворение общественных нужд и нахождение компромисса при принятии общественно значимых решений. Под партнерством предпринимателей и органов власти в узком смысле следует понимать договорно-правовую конструкцию, направленную на закрепление прав и обязанностей партнеров при осуществлении такого партнерства.

Литература

1. *Игнатюк Н. А.* Государственно-частное партнерство в России // Право и экономика, 2006. № 8. С. 3–8.
2. *Прокофьев С.* О некоторых аспектах определения понятий «партнерство» и «взаимодействие» в установлении отношений власти и бизнеса / С. Прокофьев, Ю. Рагулина, Т. Братарчук // Проблемы теории и практики управления, 2019. № 1. С. 8–14.
3. *Сухарь А. А.* Политическое партнерство в современной России // Философия права, 2007. № 1. С. 63–65.
4. *Щетинина О. В.* Философия активного поворота в социальной политике: приоритеты технологий социального партнерства // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России, 2021. № 1 (53). С. 294–296.
5. *Gurwitsch A.* Human Encounters in the Social World. Pittsburgh. Duquesne University Press, 1979. 203 p.
6. *Boccacin L.* Progettare e realizzare partnership sociali nei servizi alla famiglia: un'analisi comparata dei tre studi di caso. In G. Rossi e L. Boccacin (a cura di), Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e Terzo Settore, Milano, FrancoAngeli. 2007. P. 152–173.
7. *Castañer X., Oliveira N.* Collaboration, Coordination, and Cooperation Between Organizations: Establishing the Distinctive Meanings of These Terms Through a Systematic Literature Review // Journal of Management, 2020. 46 (6). P. 965–1001.
8. *Dermot M.* Husserl and Gurwitsch on Horizontal Intentionality. The Gurwitch Memorial Lecture 2018. Journal of Phenomenological Psychology, 2019. P. 40.
9. *Dithlake K. J.* Multidisciplinary Community Development: A Substantive Theory for Community Partnerships processes. African Journal of Governance and Development, 2022. 11 (1.1). P. 164–189.
10. *Drummond J. J.* Forms of Social Unity: Partnership, Membership, and Citizenship. Husserl Studies 18. 2002. P. 141–156.
11. *Long F. J., Arnold M. B.* The Power of Environmental Partnerships. Fort Worth: The Dryden Press, 1995. 338 p.
12. *Mérini C.* Le partenariat: Instrument Juridique et/ou Politique, le Cas de l'OSCE. Revue Québécoise de droit international, 1995. Vol. 9. P. 21–34.
13. *Mostepanuik A.* The Development of the Public-Private Partnership Concept in Economics Theory. Advances in Applied Sociology, 2016. No. 6. P. 375–388.
14. Organisation de Coopération et de Développement Economiques. Glossaire des principaux termes relatifs à l'évaluation et la gestion axée sur les résultats, Groupe de travail du CAD sur l'évaluation de l'aide. 2nd ed. DCD/DAC/EV (2022) 2. 2022. 30 p.
15. *Osborne S., Murray V.* Understanding the Process of Public-private Partnerships. In S. Osborne, Public-Private Partnerships. London and New York, Routledge (ed.), 2000. P. 70–83.
16. *Määttä S., Lützn K., Öresland S.* Contract Theories and Partnership in Health Care. A Philosophical Inquiry to the Philosophy of John Rawls and Seyla Benhabib. Nursing Philosophy, 2017. P. 18.

References

1. Ignatyuk, N. A. Public-Private Partnership in Russia [Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo v Rossii]. Law and Economics [Pravo i ekonomika], 2006. No. 8. P. 3–8. (In Rus.)
2. Prokofiev, S. Some Aspects of the Definition of the Concepts of Partnership and Interaction in Establishing Relations Between Government and Business [O nekotorykh aspektakh opredeleniya ponyatiy «partnerstvo» i «vzaimodeystvie» v ustanovlenii otnosheniy vlasti i biznesa]. Problems of Theory and Practice of Management [Problemy teorii i praktiki upravleniya]. No. 1. 2019. P. 8–14. (In Rus.)
3. Sukhar, A. A. Political Partnership in Modern Russia [Politicheskoe partnerstvo v sovremennoy Rossii]. Philosophy of Law [Filosofiya prava]. No. 1. 2007. P. 63–65. (In Rus.)
4. Shchetinina, O. V. Philosophy of an Active Turn in Social Policy: Priorities of Social Partnership Technologies [Filosofiya aktivnogo povorota v sotsial'noy politike: priority tehnologiy sotsial'nogo partnerstva]. Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii]. 2021. No. 1 (53). P. 294–296. (In Rus.)
5. Boccacin, L. Progettare e realizzare partnership sociali nei servizi alla famiglia: un'analisi comparata dei tre studi di caso. In G. Rossi e L. Boccacin (a cura di), Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e Terzo Settore, Milano, FrancoAngeli. 2007. P. 152–173.
6. Castañer, X., Oliveira, N. Collaboration, Coordination, and Cooperation Between Organizations: Establishing the Distinctive Meanings of These Terms Through a Systematic Literature Review // Journal of Management, 2020. 46 (6). P. 965–1001.
7. Dermot, M. Husserl and Gurwitsch on Horizontal Intentionality. The Gurwitch Memorial Lecture 2018. Journal of Phenomenological Psychology, 2019. P. 40.
8. Dithlake, K. J. Multidisciplinary Community Development: A Substantive Theory for Community Partnerships processes. African Journal of Governance and Development, 2022. 11 (1.1). P. 164–189.
9. Drummond, J. J. Forms of Social Unity: Partnership, Membership, and Citizenship. Husserl Studies 18. 2002. P. 141–156.
10. Long, F. J., Arnold, M. B. The Power of Environmental Partnerships. Fort Worth: The Dryden Press, 1995. 338 p.
11. Mérini, C. Le partenariat: Instrument Juridique et/ou Politique, le Cas de l'OSCE. Revue Québécoise de droit international, 1995. Vol. 9. P. 21–34.
12. Mostepanuik, A. The Development of the Public-Private Partnership Concept in Economics Theory. Advances in Applied Sociology, 2016. No. 6. P. 375–388.
13. Organisation de Coopération et de Développement Economiques. Glossaire des principaux termes relatifs à l'évaluation et la gestion axée sur les résultats, Groupe de travail du CAD sur l'évaluation de l'aide. 2nd ed. DCD/DAC/EV (2022) 2. 2022. 30 p.
14. Osborne, S., Murray V. Understanding the Process of Public-private Partnerships. In S. Osborne, Public-Private Partnerships. London and New York, Routledge (ed.), 2000. P. 70–83.
15. Määttä, S., Lützn, K., Öresland, S. Contract Theories and Partnership in Health Care. A Philosophical Inquiry to the Philosophy of John Rawls and Seyla Benhabib. Nursing Philosophy, 2017. P. 18.

Фиктивные (подразумеваемые) административные акты: перспективы интеграции в российское законодательство

Владимир Владимирович Маслов, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Нижний Новгород, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: v.maslov@mi-p.su.
ORCID 0000-0001-8098-297X

Аннотация

В статье рассматривается категория фиктивного административного акта. Указывается на неудачность заимствованного из германского административного права термина «фиктивный административный акт». В качестве замены ему предлагается иной термин — «подразумеваемый административный акт». Высказывается суждение, что подразумеваемый административный акт, будучи юридической фикцией, не является административным актом в собственном смысле этого слова. Обосновывается предположение о том, что к подразумеваемым административным актам могут применяться нормы о недействительности административных актов, вместе с тем в силу особенностей их правовой природы к ним могут быть применимы далеко не все основания недействительности. На основе анализа зарубежного законодательства представлены возможные модели использования подразумеваемого административного акта, когда законодатель может устанавливать позитивный или негативный фиктивный вывод либо в качестве общего правила, либо применительно к отдельным административным процедурам. Определены цели применения рассматриваемой категории в законодательстве. Показывается различие целей нормативной фиксации и использования в юридической практике позитивного и негативного фиктивного вывода. Цель негативного фиктивного вывода — устранить состояние правовой неопределенности в тех случаях, когда оспаривание бездействия административного органа по тем или иным причинам затруднено. В то же время позитивный фиктивный вывод в целом приводит к упрощению и ускорению административных процедур и способствует процессуальной экономии. С учетом зарубежного опыта делается вывод о целесообразности введения категории позитивного подразумеваемого административного акта в российское законодательство для упрощения и ускорения административных процедур. Даются общие рекомендации по возможным путям его введения — в частности, указывается на недопустимость установления такого условия в качестве общего правила.

Ключевые слова: административное молчание; административный акт; фиктивный административный акт; подразумеваемый административный акт; оспаривание административных актов.

Fictitious (Implied) Administrative Acts: Prospects of Integration Into Russian Legislation

Vladimir V. Maslov, National Research University Higher School of Economics (Nizhny Novgorod, Russian Federation)
postgraduate student; e-mail: v.maslov@mi-p.su.
ORCID 0000-0001-8098-297X

Abstract

The article analyses the category of a fictitious administrative act. It is pointed out that the term “fictitious administrative act” borrowed from German administrative law is not appropriate for Russian law. As a substitute for it, another term is offered — “implied administrative act”. It is argued that the implied administrative act, being a legal fiction, is not an administrative act in the proper sense of the word. Consequently, although the rules on the invalidity of administrative acts may be applied to implied administrative acts, not all grounds of invalidity may be applicable to them. As a result of the analysis of foreign legislation, possible models of using of implied administrative act are presented. The paper demonstrates that the legislator can establish a positive or negative fictitious conclusion either as a general rule or in relation to individual administrative procedures. The objectives of introducing the category in question into the legislation are also determined. The article shows that the goals of normative fixation and the use of positive and negative fictitious conclusion in legal practice are different. The purpose of a negative fictitious conclusion is to eliminate the state of legal uncertainty in cases where challenging the inaction of an administrative body for one reason or another is difficult. At the same time, a positive fictitious conclusion generally leads to simplification

and acceleration of administrative procedures and contributes to procedural savings. Taking into account foreign experience, the paper concludes that it is advisable to introduce a positive implied administrative act into Russian legislation to simplify and speed up administrative procedures. General recommendations on possible ways of its introduction are given, in particular, it is indicated that it is unacceptable to establish such a condition as a general rule.

Keywords: administrative silence; administrative act; fictitious administrative act; implied administrative act; contesting administrative acts.

Введение

В том случае, когда административный орган никак не реагирует на поступившее в его адрес обращение о принятии административного акта, принято говорить об административном молчании¹.

С учетом развития информационных технологий, ускорения многих сфер общественной жизни время становится все более ценным ресурсом, и молчание государственных органов свыше определенных законом сроков зачастую влечет серьезные негативные последствия для заявителей. Одним из способов выхода из ситуации административного молчания является применение фикции принятия административного акта.

Законодатель может связывать с административным молчанием фиктивный вывод о принятии административным органом того или иного административного акта (позитивный фиктивный вывод — о принятии испрашиваемого акта, либо негативный фиктивный вывод — об отказе в принятии испрашиваемого акта). В данном случае имеет место фикция принятия административного акта: законодатель связывает с молчанием административного органа в течение определенного срока фиктивный вывод о том, что административный акт того или иного содержания вынесен. Такая конструкция в русскоязычных публикациях обычно называется «фиктивным административным актом»².

Категория фиктивного административного акта в большинстве европейских правовых порядков находит весьма широкое применение. Его используют, как правило, в разрешительном производстве. Действующему российскому законодательству фиктивный административный акт, напротив, почти незнаком. Нечто похожее мы можем найти разве что в п. 6 ст. 12 Градостроительного кодекса РФ, в соответствии с которым при непоступлении от высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации сводного заключения на проект схемы территориального планирования в установленный срок проект схемы территориального планирования считается согласованным с этим органом. Однако даже в этом случае речь идет не о взаимоотношениях публичных органов с гражданами, а об отношениях федеральных и региональных органов государственной власти.

Слабая теоретическая разработанность на фоне имеющегося потенциала использования и распространения фиктивного административного акта позволяет говорить, что возможность и целесообразность его фиксации в российском законодательстве представляет определенный интерес для развития теории и практики административного права.

Варианты терминологического оформления в российском праве

Полагаем, что термин «фиктивный административный акт» является не вполне удачным для российского административного права. Называть фикцию принятия административного акта «фиктивным административным актом» принято в германской доктрине административного права³. В настоящее время термин является общеупотребительным и в англоязычных публикациях⁴. Вместе с тем нельзя не отметить некоторую неудачность простой кальки немецкого *fiktive Verwaltungsakt*⁵ на русский язык. Этимологически в русском языке прилагательное «фиктивный»

¹ См., например: *Гамбарян А. С.* Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права, 2019. № 12; *Ченерелли А.* Административные процедуры в итальянском праве // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2019. № 6; *Batalli M.* Consequences of Administrative Silence in Public Administration // Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe, 2017. Vol. 20: Future Labour Market Challenges: Digitalisation and Brexit. No. 1 и др.

² См., например: *Гамбарян А., Мурадян М., Шакарян Т.* Молчание административного органа и фиктивные административные акты // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М., Инфотропик Медиа, 2021; *Хван Л.* Административное молчание в законе об административных процедурах: к вопросу о правовой квалификации и модели нормативной регуляции // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М., Инфотропик Медиа, 2021.

³ См., например: *Caspar J.* Der fiktive Verwaltungsakt — Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts. Archiv des öffentlichen Rechts — 125 / Kleine Beiträge 23. S. 142; *Siegel Th.*, Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. (e-book). Heidelberg: C. F. Müller, 2022. Rn. 300, 404–406.

⁴ См., например: *Pariso V.* The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence. Hamline law review. Vol. 36. Iss. 1. Article 2 (2013); *Jansen O.* Silence of the Administration (July 13, 2015). Maastricht Faculty of Law Working Paper. No. 2015-03.

⁵ В германской юридической литературе для обозначения рассматриваемой категории также используется термин *fingierte Verwaltungsakt* (например, *Siegel Th.*, Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2022. Rn. 404–406), который в принципе также переводится на русский язык как «фиктивный/вымышленный административный акт».

имеет ярко выраженную негативную окраску (даже применительно к праву — фиктивный брак, фиктивный договор, фиктивная конституция и т. п.). В связи с этим фиктивный административный акт может быть ассоциирован скорее всего с чем-то, что отклоняется от нормы, как вариант с видом недействительных административных актов. В этом смысле более удачной представляется терминология из французского правового порядка, где для обозначения описываемого явления используется термин «имплицитные решения» (*décisions implicites*)⁶, что на русский язык чаще переводят как «подразумеваемые решения»⁷.

Правовая природа подразумеваемого административного акта

Подразумеваемый административный акт представляет собой юридическую фикцию. В теории права юридическая фикция обычно понимается как особое средство юридической техники, условно признающее то или иное положение истинной⁸. При этом юридические фикции наряду с презумпциями относят к числу заменителей фактических обстоятельств — суррогатам юридических фактов, и в этом смысле противопоставляют юридическим фактам в узком смысле слова (событиям и действиям)⁹.

Подразумеваемый административный акт является классической юридической фикцией. Действительно, если административный орган в течение выделенного ему срока не вынес никакого административного акта, то обратное положение (о том, что акт вынесен) является ложным, но признается законодателем истинным — это представляет собой фикцию.

Поскольку подразумеваемый административный акт — фикция, он не может являться административным актом в собственном смысле этого слова; имеет место лишь применение по воле законодателя к нему правила об административных актах. Так, еще А. И. Елистратов указывал, что административный акт есть «...действие, обнаруживающее волю вызвать правовое последствие»¹⁰. Определение административного акта через волеизъявление либо включение волеизъявления в число признаков административного акта характерно и для советской¹¹, и для современной отечественной доктрины административного права¹². Общепринята такая точка зрения и в германской доктрине административного права¹³. Более того, категория «волеизъявление» активно используется для описания признаков административно-правовых актов и в российской правоприменительной практике. Так, в п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 10.02.2009 № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» ненормативный акт (по терминологии ГПК РФ — «решение») определялся именно через властное волеизъявление¹⁴.

Однако в случае административного молчания органа может отсутствовать какое-либо волеизъявление с его стороны, направленное на достижение правовых последствий, предусмотренных законодателем (фикция принятия административного акта); направленность воли органа не имеет никакого значения для приведения фикции в жизнь. Для права irrelevantно, почему от административного органа не последовало никакого заключения в установленный

⁶ Code des relations entre le public et l'administration (CRPA): applicable à compter du 1er janvier, 2016. Livre II, Titre III.

⁷ См.: *Кассиа П.* Подразумеваемые решения в административном праве Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М.: Статут, 2011. С. 194–219; *Курындин П. А.* Французская доктрина подразумеваемых (имплицитных) административных актов и перспективы ее применения в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права, 2015. № 2 (51).

⁸ Теория государства и права : учебник для вузов / В. К. Бабаев [и др.] ; под редакцией В. К. Бабаева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2022. С. 349; *Лазарев В. В.* Теория государства и права : учебник для вузов. 5-е изд., испр. и доп. М.: Юрайт, 2022. С. 348.

⁹ *Белов В. А.* Гражданское право : в 4 т. Т. II. Общая часть в 2 кн. Кн. 2. Факты + допматериал в ЭБС : учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2022. С. 26–27, 49–51.

¹⁰ См.: *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. М., 1914. С. 181, 182. Аналогичного мнения придерживался и А. Ф. Евтихийев (см.: Евтихийев А. Ф. Законная сила актов администрации. Люблин: Губ. тип., 1911. С. 41). О содержании понятия, видах административных актов в российской дореволюционной доктрине подробнее см.: *Михеева И. В.* Правотворчество министерств Российской империи в XIX — начале XX века : монография. М., 2012. С. 90–102.

¹¹ См., напр.: *Васильев Р. Ф.* Акты управления (Значение, проблема исследований, понятие). М., 1987. С. 126–140; *Новоселов В. И.* Законность актов органов управления. М., 1968. С. 13.

¹² См., напр.: *Ноздрачев А. Ф.* Административные акты: понятие, признаки, динамика // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М.: Статут, 2011. С. 134–136; *Давыдов К. В.* Административные процедуры: концепция правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук. Нижний Новгород, 2020. С. 331–333, 357; *Россинский Б. В.* Административное право: учебник. 6-е изд., пересмотр. М.: Норма, ИНФРА-М, 2020.

¹³ См., напр.: *Пуделька Й.* Инструменты действия органов государственного управления // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021; *Siegel Th.* Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. (e-book). Heidelberg: C. F. Müller, 2022. Rn. 296, 299–300.

¹⁴ Названное постановление Пленума после издания постановления Пленума ВС России от 27.09.2016 № 36 «О некоторых вопросах применения судами КАС РФ» в связи с принятием КАС РФ применению не подлежит; вместе с тем содержащийся в нем подход к определению административного акта через властное волеизъявление продолжает использоваться судами и в настоящее время (см., например: Определение ВС РФ от 01.12.2020 № 303-ЭС20-19031 по делу № А04-8326/2019; Определение ВС РФ от 31.01.2022 № 309-ЭС21-27412 по делу № А76-11555/2020).

срок — потому ли, что орган не успел рассмотреть заявку из-за загруженности, или потому, что рассмотрел ее и не нашел в ней никаких нарушений закона, либо по каким-то иным причинам — все равно будет сделан фиктивный вывод о согласовании заявки и возникнут соответствующие правовые последствия.

То есть фикция административного акта, хотя и влечет те же правовые последствия, что и обычный административный акт, однако влечет их не по воле конкретного административного органа, а автоматически по истечении предусмотренного срока. Кроме того, подразумеваемый административный акт не соответствует обязательным требованиям к административным актам в части процедуры их утверждения, опубликования и т. п.

Таким образом, подразумеваемые административные акты не являются собственно административными актами, однако к ним (с определенными оговорками, которые будут рассмотрены далее) применяются правила об административных актах (именно в этом и есть смысл фикции).

Границы применения к подразумеваемым административным актам общих правил об административных актах. Недействительность фиктивных административных актов

Традиционно в отечественной доктрине выделяют следующие предъявляемые к административным актам требования: наличие компетенции у принявшего органа, соблюдение установленной процедуры и формы, соответствие цели акта закону, соответствие содержания акта закону и обоснованность административного акта¹⁵. Применительно к имплицитным актам можно всерьез говорить только о требованиях к содержанию актов (соответствие цели и содержания акта закону, обоснованность административного акта).

То обстоятельство, что подразумеваемый акт принимается автоматически по истечении установленного срока, само по себе не гарантирует его законности. Более того, отсутствие ответа органа в предусмотренный срок, повлекшее фиктивный вывод, может означать в том числе и то, что орган по тем или иным причинам вообще не рассматривал поступившее заявление. В связи с этим применение к подразумеваемым административным актам правил о недействительности является целесообразным с точки зрения политики права. В противном случае возникала бы бессмысленная ситуация, когда обычный административный акт может признаваться недействительным, в то время как подразумеваемый административный акт аналогичного содержания недействительным не признается и тем самым обретает большую юридическую силу.

Для признания подразумеваемых административных актов недействительными в качестве общего правила может быть применено следующее основание: подразумеваемый административный акт признается недействительным, если обычный административный акт аналогичного содержания был бы признан недействительным¹⁶. Вместе с тем в силу особого характера подразумеваемых административных актов к ним могут быть применимы далеко не все основания недействительности. Так, не могут существовать подразумеваемые административные акты, принятые с нарушением компетенции административных органов, поскольку фикция принятия административного акта в силу прямого законодательного установления возникнет только в случае обращения в компетентный орган. Также имплицитные административные акты не могут иметь пороков формы и процедуры принятия, поскольку в принципе не имеют какой-либо определенной формы и не привязаны к какой-либо процедуре их принятия. Соответственно, в качестве оснований признания имплицитных актов недействительными остаются только пороки содержания и отчасти пороки цели.

Позитивный и негативный фиктивный вывод. Негативный фиктивный вывод и бездействие административного органа

Основной классификацией подразумеваемых актов будет их деление по юридическим последствиям на позитивные и негативные акты. В случае с позитивным фиктивным актом из молчания органа следует фиктивный вывод о принятии им истребуемого административного акта (например, о выдаче разрешения на строительство). Напротив, негативный фиктивный акт имеет место, когда из молчания административного органа делается вывод об отказе в принятии истребуемого акта (например, об отказе в выдаче разрешения на строительство). Кроме того, из административного молчания в принципе может не следовать никакого фиктивного вывода; в таком случае неприятие административного акта в течение предусмотренного срока свидетельствует лишь о незаконном бездействии административного органа и дает заинтересованному лицу право обжаловать указанное бездействие в предусмотренном законом порядке.

¹⁵ См., например: *Стариков Ю. Н.* Курс общего административного права. В 3 т. Т. II: Государственная служба. Управленческие действия. Правовые акты управления. Административная юстиция. М.: НОРМА, 2002. С. 271–276 и др.

¹⁶ *Caspar J.* Der fiktive Verwaltungsakt — Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts. Archiv des öffentlichen Rechts — 125. Kleine Beiträge 23. S. 142.

В качестве общего правила в принципе могут устанавливаться разные виды фиктивных выводов либо не устанавливаться никакие. В этой связи интересно отметить, что Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2006/123/ЕС от 12.12.2006 «Об услугах на внутреннем рынке» в ст. 63 предлагает странам — участникам ЕС в качестве общего правила применительно к выдаче разрешений устанавливать позитивный фиктивный вывод: «Если не предусмотрено иное, то при отсутствии ответа в установленный срок разрешение должно считаться выданным»¹⁷. Вместе с тем директива содержит большое число различных исключений и дает возможность предусматривать иные ограничения на национальном уровне. В том числе следуя указанной рекомендации, ряд европейских стран закрепил в законодательстве позитивный фиктивный вывод в качестве общего правила, однако сопроводив его большим числом оговорок.

Так, например, в Италии вслед за установлением правила о том, что молчание администрации свидетельствует о принятии истребуемого акта, сразу же следует оговорка о неприменимости этого правила в ряде сфер, в том числе применительно к защите объектов культурного наследия, окружающей среды, обороны и безопасности государства, вопросов гражданства и ряде других¹⁸. Что интересно, ранее административное молчание рассматривалось законом в небольшом числе прямо установленных случаев как фиктивное положительное решение (*silenzio assenso*) или фиктивное отрицательное решение (*silenzio diniego*), во всех остальных случаях никакого фиктивного вывода из молчания не следовало (*silenzio inadempimento*)¹⁹.

Аналогичная ситуация имеет место и в Испании, причем за последние 30 лет испанский законодатель несколько раз то расширял, то сужал применение позитивного фиктивного вывода, в итоге после принятия упомянутой выше директивы 2006/123/ЕС установив его в качестве общего правила с относительно небольшим количеством исключений²⁰.

Во Франции с принятием в 2013 г. закона 2013-1005²¹, а впоследствии в 2016 г. нового Кодекса взаимоотношений между общественностью и администрацией²² прямо установлено, что по общему правилу отсутствие ответа от административного органа в течение двух месяцев приравнивается к принятию требуемого административного акта. Вместе с тем далее устанавливается, что это возможно в ограниченном перечне административных процедур, который публикуется для всеобщего ознакомления в сети Интернет (что интересно, до 2013 г. регулирование было прямо противоположным²³).

Некоторые правовые порядки вообще не устанавливают фикцию принятия акта в качестве общего последствия непринятия административным органом решения в предусмотренный срок. В таком случае истечение срока само по себе не влечет вывода о принятии истребуемого либо противоположного административного акта, а лишь говорит о неисполнении административным органом обязанности принять решение по заявлению. Например, в ФРГ имеет место именно такая ситуация, о чем прямо свидетельствует п. 42а закона «Об административных процедурах ФРГ»²⁴. В связи с этим мы не можем согласиться с позицией ученых, указывающих, что германское законодательство предусматривает позитивный фиктивный вывод в качестве общего правила²⁵. Ч. 1 § 42а VwVfG прямо говорит о том, что позитивный фиктивный вывод допускается только в прямо предусмотренных специальными законами случаях. О негативном фиктивном выводе в указанном параграфе не говорится вовсе. Из этого следует, что по общему правилу (в тех случаях, когда специальным законом не установлено фиктивного позитивного вывода) фикция принятия какого-либо административного акта отсутствует в принципе, и заявитель имеет право на заявление иска о принуждении к изданию административного акта (*Verpflichtungsklage*).

Соответственно, если национальное законодательство не содержит каких-либо общих предписаний относительно фиктивных административных актов, общим последствием непринятия административным органом решения по заявлению в предусмотренный срок будет возникновение права на заявление иска об обжаловании бездействия и о понуждении принять требуемый административный акт. Такая ситуация имеет место и в Российской Федерации, где установление каких-либо общих правил в отношении всех административных актов невозможно как минимум в связи с отсутствием общего закона об административных процедурах.

¹⁷ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.

¹⁸ Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 20. Указанная статья постоянно подвергается изменениям, позитивный фиктивный вывод в качестве общего правила установлен в ней в 2005 г. с принятием Legge No. 80/2005.

¹⁹ См.: *Parísio V.* The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence. Hamline law review. Vol. 36. Iss. 1, Article 2 (2013).

²⁰ Подробнее см.: *Pérez M. G.* El silencio administrativo en España. Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, 2013. Vol. 6. No. 6. P. 85–94.

²¹ Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013.

²² Code des relations entre le public et l'administration (CRPA): applicable à compter du 1er janvier 2016.

²³ См. ранее действовавший Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Art. 21–22. См. также: *Кассиа П.* Подразумеваемые решения в административном праве Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М.: Статут, 2011. С. 194–219.

²⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 23.01.2003 (BGBl. I S. 102).

²⁵ *Гамбарян А., Мурадян М., Шакарян Т.* Молчание административного органа и фиктивные административные акты // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 171–172.

Цели и целесообразность законодательной фиксации категории подразумеваемого административного акта

На фоне нормативного оформления подразумеваемого административного акта в зарубежном законодательстве думается, что данная категория имеет потенциал использования и в нашей стране. Тем не менее такое использование имеет как плюсы, так и минусы (в сравнении с ситуацией, когда нормативного закрепления категории подразумеваемого административного акта нет и из молчания административного органа не делается никакого фиктивного вывода). К тому же с точки зрения политики права есть существенная разница между негативным и позитивным фиктивным выводом.

Негативный подразумеваемый административный акт

Как говорилось выше, негативный подразумеваемый административный акт имеет место в том случае, когда из отсутствия ответа органа на заявление в определенный срок правовая норма делает фиктивный вывод об отклонении заявления. При этом в отсутствие законодательного закрепления негативного фиктивного вывода молчание административного органа в течение предусмотренного законом срока свидетельствует только о незаконном бездействии этого органа, о том, что заявка им не рассмотрена и решение по ней не принято.

В этой связи логично предположить, что негативный фиктивный вывод имеет основной целью устранить правовую неопределенность для заявителя относительно итогов рассмотрения его заявления и дать ему основания для обращения в суд: если заявитель не получил положительного решения по своей заявке в течение предусмотренного срока, он делает вывод об отказе и идет обжаловать этот отказ в судебном порядке; а если бы подразумеваемый административный акт не был бы предусмотрен, то и обжаловать было бы нечего, заявитель мог оказаться в состоянии правовой неопределенности на долгий срок.

Примерно такую логику рассуждений содержит п. 16 рекомендации Комитета Министров Совета Европы № 2004 (20) от 15.12.2004: «Бездействие администрации ни в коем случае не должно наносить вред интересам гражданина. По истечении срока, определенного законом, у индивида должна появляться возможность пожаловаться на молчание администрации в суд. В таких случаях представитель административной власти должен будет объяснить суду по требованию заявителя или по инициативе самого суда, чем вызван отказ удовлетворить требование заявителя. Если власти не предоставят оснований для отказа, суд признает их деяния незаконными»²⁶.

Вместе с тем указанная цель вполне достижима и без введения в законодательство имплицитного акта: путем предоставления заявителю возможности обжаловать бездействие административного органа, если последний не принял административного акта в предусмотренный законом срок. Различия будут заключаться только в видах исков, которыми заявитель сможет защитить свои права: в первом случае помимо требования об обязывании административного органа принять испрашиваемый административный акт нужно заявить требование о признании фиктивного отказа незаконным; во втором случае к требованию об обязывании административного органа принять испрашиваемый административный акт добавится требование о признании бездействия незаконным. Поэтому вряд ли можно говорить о том, что применение негативного имплицитного акта дает здесь какие-то существенные преимущества. И в том, и другом случае по истечении предусмотренного срока запрашиваемый акт не является выданным; и в том, и в другом случае после истечения срока на принятие акта заявитель может защитить свои права в судебном порядке, несколько различаются только процессуальные формы.

При этом нельзя также сказать, что обжалование фиктивного отказа (в котором, в отличие от обычного отказного административного акта, какая-либо мотивировка все равно отсутствует) является более доступным или более эффективным способом защиты прав, чем обжалование бездействия. Напротив, в случае отсутствия в законодательстве фикции принятия негативного административного акта государственный орган, который не успел в предусмотренный срок принять положительный акт, не лишен возможности принять его позднее и тем самым устранить нарушение прав заявителя. В случае закрепления в законе негативного фиктивного вывода по истечении установленного срока отказной акт автоматически считается принятым, и принятие противоположного по содержанию положительного акта процедурно становится сложнее (необходимо сначала отменять фиктивный отказной акт).

Кроме того, устраняя правовую неопределенность в вопросе о том, чем завершилось рассмотрение заявления и завершилось ли оно вовсе, отказной подразумеваемый акт вносит неопределенность в другом аспекте — причине молчания административного органа. Заявителю теперь не ясно, почему орган не ответил в установленный срок: потому ли, что рассмотрел заявку и счел ее не подлежащей удовлетворению, либо просто потому, что не рассмотрел заявку, и такая неопределенность ничем не лучше первой. К тому же если в первом случае молчание органа по истечении установленного срока является поведением незаконным и, как правило, влечет предусмотренную законом ответственность, что само по себе сдерживает распространение такого поведения, то закрепление негативного фиктивного вывода приводит к тому, что молчание административных органов перестает быть незаконным, является нормальной

²⁶ Recommendation Rec (2004) 20 on judicial review of administrative acts.

реакцией органа в том случае, если он не видит оснований для удовлетворения заявления и потому становится обычным явлением²⁷. То есть заявители в действительности чаще оказываются в состоянии правовой неопределенности.

В этом смысле введение в законодательство негативного имплицитного акта как в качестве общего правила, так и в каких-либо отдельных случаях не несет никаких преимуществ по сравнению с отсутствием закрепления какого-либо фиктивного вывода при условии, что законом предусмотрена и реализуется возможность оспаривания бездействия административных органов.

Позитивный подразумеваемый административный акт

Позитивный подразумеваемый акт имеет место в том случае, когда в случае отсутствия ответа административного органа в предусмотренный срок испрашиваемый административный акт считается принятым. Установление позитивного фиктивного вывода как последствия административного молчания кардинальным образом отличается как от негативного фиктивного вывода, так и от отсутствия каких-либо выводов вовсе, и на первый взгляд является идеальным вариантом с точки зрения концепции *good governance*, упрощения административных процедур и прочего. Не случайно странам — членам Европейского союза предлагается установить позитивный фиктивный вывод в качестве общего правила²⁸. Кроме того, приведенный выше анализ показывает, что ряд ведущих европейских порядков (ФРГ, Франция, Италия, Испания) постепенно расширяют использование позитивных подразумеваемых актов в своей административной практике. Также единственный существующий в настоящее время в отечественном законодательстве случай использования фигуры подразумеваемого акта (ранее упоминавшийся п. 6 ст. 12 Градостроительного кодекса РФ) представляет собой пример именно позитивного фиктивного вывода.

Преимущества системы позитивного фиктивного вывода для заявителя очевидны: заявитель в любом случае может быть уверен, что по истечении предусмотренного законом срока получит испрашиваемый административный акт либо мотивированный отказ в его выдаче. Даже в том случае, если административный орган по тем или иным причинам вообще не рассмотрел заявку, для заявителя это не будет иметь никакого значения. При этом система позитивного фиктивного вывода стимулирует административный орган к проверке всех поступивших заявок в срок: принятие позитивного административного акта в отсутствие на то оснований (с учетом сложностей по его отмене), как правило, влечет для административного органа более серьезные отрицательные последствия, чем принятие незаконного акта об отказе либо просто незаконное бездействие.

Система позитивного фиктивного вывода дает некоторые преимущества и административным органам. Вместо того, чтобы прямо давать зеленый свет той или иной заявке посредством административного акта, орган может использовать юридическое действие соответствующей фикции и ждать появления фиктивного акта путем простого бездействия. Иногда это позволяет достичь процессуальной экономии в том смысле, что орган больше не имеет необходимости издавать положительные административные акты для всех заявлений, соответствующих его положительной юридической оценке. В этом смысле система позитивного фиктивного вывода близка к уведомительному порядку совершения тех или иных действий.

Вместе с тем полагаем, что позитивные подразумеваемые акты не следует идеализировать и рекомендовать к безоговорочному применению в качестве общего правила. Так, при принятии подразумеваемого акта как для заявителя, так и для третьих лиц остается до конца неизвестным, было ли бездействие государственного органа запланированным с целью приведения в жизнь фикции либо государственный орган просто не рассмотрел заявку. В связи с этим в литературе отмечается, что расширение фиктивных правил фактически приводит к легитимному ослаблению государственного контроля и способствует непрозрачности административной практики²⁹.

Обратной стороной позитивного подразумеваемого акта для заявителей также представляется возрастающая правовая неопределенность. В случае появления такого акта заявитель не может быть уверен, действительно ли орган рассмотрел его заявку или ему не хватило времени и орган не смог провести своевременную проверку. Таким образом, заявитель, получивший выгоду от подразумеваемого административного акта, даже не знает, принял ли орган вообще к сведению его запрос по существу. Возможно, его заявление осталось полностью непроверенным и акт будет отменен органом после тщательной последующей проверки.

Вместе с тем, поскольку законодатель, как правило, устанавливает определенные ограничения для отмены благоприятствующих актов (которые распространяются и на подразумеваемые акты), указанное обстоятельство не столь существенно для заявителей. Более серьезным является другой аргумент. В случае если административный орган не провел тщательной проверки по заявлению (которая, помимо прочего, включает в себя проверку отсутствия нарушения прав третьих лиц испрашиваемым административным актом), заявитель может в любое время ожидать иска от третьих лиц об оспаривании подразумеваемого административного акта.

²⁷ На это обращает внимание и V. Parisio (см.: *Parisio V. The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence*. Hamline law review. Vol. 36. Iss. 1, Article 2 (2013). P. 21–22.

²⁸ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market (часто упоминается как Bolkestein directive).

²⁹ См.: *Caspar J. Der fiktive Verwaltungsakt — Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts*. Archiv des öffentlichen Rechts — 125 / Kleine Beiträge 23.

Выводы. Перспективы применения подразумеваемых административных актов в Российской Федерации

Изложенные аргументы показывают следующее: в идеальном правовом порядке, где административные органы рассматривают все заявки в предусмотренный срок, вынося по ним исключительно законные и обоснованные административные акты, для заявителей нет принципиальных различий между установлением позитивного фиктивного вывода, негативного фиктивного вывода либо вообще отсутствия каких-либо фиктивных выводов. Для административных органов в таком случае подразумеваемые акты позволяют достичь некоторой процессуальной экономии за счет того, что нет необходимости готовить и направлять заинтересованным лицам административные акты. В реальном же правовом порядке введение подразумеваемых актов может иметь как плюсы (упрощение и ускорение административных процедур), так и минусы (увеличение риска принятия незаконных актов и их последующего оспаривания).

С учетом изложенного полагаем, что введение в законодательство позитивного подразумеваемого акта в ряде случаев может быть целесообразным для упрощения и ускорения административных процедур. Однако считаем недопустимым такое условие в качестве общего правила. С точки зрения политики права позитивные подразумеваемые выводы явно неуместны в тех ситуациях, когда возможный ущерб от принятия необоснованного испрашиваемого акта существенно выше, чем возможный ущерб от необоснованного отказа в его принятии либо от просрочки в его принятии. Важно учитывать, что необоснованный отказ в принятии решения по заявке либо просрочка принятия такого решения, как правило, нарушает только права самого заявителя; напротив, принятие необоснованного испрашиваемого акта может нарушать права широкого круга третьих лиц.

В связи с этим в тех сферах, где принятие административного акта может прямо затрагивать права конкретных третьих лиц и давать им право на иск об оспаривании такого акта, позитивные подразумеваемые акты применению не подлежат. Напротив, в тех сферах, где испрашиваемый административный акт затрагивает исключительно права и обязанности заявителя и не влияет на права конкретных третьих лиц, которые могли бы его оспорить, а необходимость получения административного акта направлена на защиту публичного интереса в целом, применение позитивных подразумеваемых актов может быть целесообразным.

Литература

1. Баранов В. М., Першин В. Б., Першина И. В. Юридическая фикция как научная проблема: критические заметки на монографию Р. К. Лотфуллина «Юридические фикции в гражданском праве» // Юридическая техника, 2007. № 1. С. 266–276.
2. Белов В. А. Гражданское право : в 4 т. Т. II. Общая часть в 2 кн. Кн. 2. Факты + допматериал в ЭБС: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2022. 497 с.
3. Васильев Р. Ф. Акты управления (Значение, проблема исследований, понятие). М., 1987. 141 с.
4. Гамбарян А., Мурадян М., Шакарян Т. Молчание административного органа и фиктивные административные акты // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 160–190.
5. Гамбарян А. Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права, 2019. № 12. С. 19–29.
6. Давыдов К. В. Административные процедуры: концепция правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук. Нижний Новгород, 2020. 655 с.
7. Евтихийев А. Ф. Законная сила актов администрации. Люблин: Губ. тип., 1911. 292 с.
8. Елистратов А. И. Основные начала административного права. М.: Изд. Г. А. Лемана, 1914. 332 с.
9. Кассиа П. Подразумеваемые решения в административном праве Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М.: Статут, 2011. С. 194–219.
10. Курындин П. А. Французская доктрина подразумеваемых (имплицитных) административных актов и перспективы ее применения в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права, 2015. № 2 (51). С. 35–40.
11. Лазарев В. В. Теория государства и права : учебник для вузов. 5-е изд., испр. и доп. М.: Юрайт, 2022. 521 с.
12. Лотфуллин Р. К. Юридические фикции в гражданском праве. М., 2006. 213 с.
13. Михеева И. В. Правотворчество министерств Российской империи в XIX — начале XX века : монография / научн. ред. д-р. юрид. наук проф. Н. А. Власенко. М., 2012. 388 с.
14. Новоселов В. И. Законность актов органов управления. М.: Юрид. лит., 1968. 107 с.
15. Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 2–23.
16. Россинский Б. В. Административное право : учебник. 6-е изд., пересмотр. М.: Норма, ИНФРА-М, 2020. 640 с.
17. Стариков Ю. Н. Курс общего административного права. В 3 т. Т. II: Государственная служба. Управленческие действия. Правовые акты управления. Административная юстиция. М.: НОРМА, 2002. 600 с.

18. Теория государства и права : учебник для вузов / В. К. Бабаев [и др.]; под редакцией В. К. Бабаева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2020. 582 с.
19. *Томтосов А. А.* Административный акт в российском публичном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2020. 160 с.
20. *Хван Л.* Административное молчание в законе об административных процедурах: к вопросу о правовой квалификации и модели нормативной регуляции // Ежегодник публичного права — 2021: инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 148–159.
21. *Ченерелли А.* Административные процедуры в итальянском праве // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2019. № 6. С. 165–172.
22. *Batali M.* Consequences of Administrative Silence in Public Administration. Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe. 2017. Vol. 20: Future labour market challenges: digitalisation and Brexit. No. 1. P. 139–152.
23. *Caspar J.* Der fiktive Verwaltungsakt — Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts / Archiv des öffentlichen Rechts — 125 / Kleine Beiträge 23. S. 131–153.
24. *Jansen O.* Silence of the Administration. Maastricht Faculty of Law Working Paper. 2015. № 2015-03.
25. *Parisio V.* The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence. Hamline law review: Vol. 36. Iss. 1, Article 2 (2013).
26. *Pérez M. G.* El silencio administrativo en España. Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales. 2013. Vol. 6. No. 6. P. 57–83.
27. *Siegel Th.* Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. (e-book). Heidelberg: C. F. Müller, 2022. 2560 s.

References

1. Baranov, V. M., Pershin, V. B., Pershina, I. V. Legal Fiction as a Scientific Problem: Critical Notes on R. K. Lotfullin's Monograph "Legal Fictions in Civil Law" [Yuridicheskaya fiktsiya kak nauchnaya problema: kriticheskie zametki na monografiyu R. K. Lotfullina "Yuridicheskie fiktsii v grazhdanskom prave"]. Legal technique [Yuridicheskaya tekhnika]. 2007. No. 1. P. 266–276. (In Rus.)
2. Belov, V. A. Civil Law : in 4 vols. Volume II. The general part in 2 books. Book 2. Facts + additional material in EBS: textbook for universities [Grazhdanskoe pravo : v 4 t. Tom II. Obshchaya chast' v 2 kn. Kn. 2. Fakty + dopmaterial v EBS: uchebnik dlya vuzov]. 2nd ed., reprint. and additional M.: Yurayt Publishing House [Izdatel'stvo Yurayt], 2022. 497 p. (In Rus.)
3. Vasiliev, R. F. Management Acts (Meaning, Research Problem, Concept) [Aktы upravleniya (Znachenie, problema issledovaniy, ponyatie)]. M., 1987. 141 p. (In Rus.)
4. Gambaryan, A., Muradyan, M., Shakaryan, T. Silence of the Administrative Body and Fictitious Administrative Acts [Molchanie administrativnogo organa i fiktivnye administrativnye akty]. Yearbook of Public Law 2021: instruments of action of administrative bodies [Ezhegodnik publichnogo prava 2021: instrumenty deystviya administrativnykh organov]. M., Infotropik Media, 2021. P. 160–190. (In Rus.)
5. Gambaryan, A. Legal Regimes of Silence and Fictitious Conclusions Arising From It [Pravovye rezhimy molchaniya i fiktivnykh vyvodov, vytekayushchikh iz nego]. Journal of Russian Law [Zhurnal rossiyskogo prava]. 2019. No. 12. P. 19–29. (In Rus.)
6. Davydov, K. V. Administrative Procedures: The Concept of Legal Regulation: dis. ... Doctor of Law [Administrativnye protsedury: kontseptsiya pravovogo regulirovaniya: dis. ... d-ra yurid. nauk]. Nizhny Novgorod, 2020. 655 p. (In Rus.)
7. Evtihiev, A. F. The Legal Force of Administrative Acts [Zakonnaya sila aktov administratsii]. Lublin: Gubernia type, 1911. 292 p. (In Rus.)
8. Elistratov, A. I. The Basic Principles of Administrative Law [Osnovnye nachala administrativnogo prava]. M.: G. A. Lehman Publishing house, 1914. 332 p. (In Rus.)
9. Cassia, P. Implied Decisions in the Administrative Law of France. Administrative Procedures and Control in the Light of European Experience [Podrazumevaemye resheniya v administrativnom prave Frantsii. Administrativnye protsedury i kontrol' v svete evropeyskogo opyta]. Moscow: Statute, 2011. P. 194–219. (In Rus.)
10. Kuryndin, P. A. The French Doctrine of Implied (Implicit) Administrative Acts and Prospects for Its Application in the Russian Federation [Frantsuzskaya doktrina podrazumevaemykh (implitsitnykh) administrativnykh aktov i perspektivy ee primeneniya v Rossiyskoy Federatsii]. Actual Problems of Russian Law [Aktual'nye problemy rossiyskogo prava]. 2015. No. 2 (51). P. 35–40. (In Rus.)
11. Lazarev, V. V. Theory of State and Law: Textbook for Universities. 5th ed., correct. and add. [Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya vuzov. 5-e izd., ispr. i dop]. M.: Yurayt Publishing House, 2022. 521 p. (In Rus.)
12. Lotfullin, R. K. Legal Fictions in Civil Law [Yuridicheskie fiktsii v grazhdanskom prave]. M., 2006. 213 p. (In Rus.)
13. Mikheeva, I. V. Lawmaking of the Ministries of the Russian Empire in the XIX — Early XX Century : monograph [Pravotvorchestvo ministerstv Rossiyskoy imperii v XIX — nachale XX veka : monografiya]. M., 2012. 388 p. (In Rus.)
14. Novoselov, V. I. Legality of Acts of Governing Bodies [Zakonnost' aktov organov upravleniya]. Moscow: Yurid. lit., 1968. 107 p. (In Rus.)

15. Pudelka, Y. Instruments of Action of Public Administration Bodies [Instrumenty deystviya organov gosudarstvennogo upravleniya]. Yearbook of Public Law 2021: instruments of action of administrative bodies [Ezhegodnik publichnogo prava 2021: instrumenty deystviya administrativnykh organov]. Moscow: Infotropik Media, 2021. P. 2–23. (In Rus.)
16. Rossinsky, B. V. Administrative Law: Textbook [Administrativnoe parvo : uchebnik. 6-e izd.]. 6th ed., revision. M.: Norma, INFRA-M, 2020. 640 p. (In Rus.)
17. Starilov, Yu. N. Course of General Administrative Law. In 3 vols. Vol. II: Public Service. Managerial actions. Legal acts of management. Administrative Justice [Kurs obshchego administrativnogo prava. V 3 t. T. II: Gosudarstvennaya sluzhba. Upravlencheskie deystviya. Pravovye akty upravleniya. Administrativnaya yustitsiya]. M.: NORMA, 2002. 600 p. (In Rus.)
18. Theory of State and Law: Textbook for Universities [Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya vuzov] / V. K. Babayev [et al.]; edited by V. K. Babayev. 4th ed., reprint. and additional. M.: Yurayt Publishing House, 2020. 582 p. (In Rus.)
19. Tomtosov, A. A. Administrative Act in Russian Public Law [Administrativnyy akt v rossiyskom publichnom prave]. M.: Infotropik Media, 2020. 160 p. (In Rus.)
20. Khvan, L. Administrative Silence in the Law on Administrative Procedures: On the Issue of Legal Qualification and the Model of Regulatory Regulation [Administrativnoe molchanie v zakone ob administrativnykh protsedurakh: k voprosu o pravovoy kvalifikatsii i modeli normativnoy regulyatsii]. Yearbook of Public Law 2021: instruments of action of administrative bodies [Ezhegodnik publichnogo prava 2021: instrumenty deystviya administrativnykh organov]. M.: Infotropik Media, 2021. P. 148–159. (In Rus.)
21. Chenerelli, A. Administrative Procedures in Italian Law [Administrativnye protsedury v ital'yanskom prave]. Bulletin of the O. E. Kutafin University (MGUA) [Vestnik Universiteta imeni O. E. Kutafina (MGYuA)]. 2019. No. 6. P. 165–172. (In Rus.)
22. Batalii, M. Consequences of Administrative Silence in Public Administration. Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe. 2017. Vol. 20: Future labour market challenges: digitalisation and Brexit. No. 1. P. 139–152.
23. Caspar, J. Der fiktive Verwaltungsakt — Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts / Archiv des öffentlichen Rechts — 125 / Kleine Beiträge 23. S. 131–153.
24. Jansen, O. Silence of the Administration. Maastricht Faculty of Law Working Paper. 2015. № 2015-03.
25. Parisio, V. The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence. Hamline law review: Vol. 36. Iss. 1, Article 2 (2013).
26. Pérez, M. G. El silencio administrativo en España. Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales. 2013. Vol. 6. No. 6. P. 57–83.
27. Siegel, Th. Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. (e-book). Heidelberg: C.F. Müller, 2022. 2560 s.

Влияние автономности спорта на трудовое законодательство Российской Федерации

Байбеков Ринат Рамилевич, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: rinat.baybekov@mail.ru.

Аннотация

Спортивные объединения сегодня занимают достаточно обособленное положение относительно иных организаций. Это не могло не сказаться на субъектах спорта, которые сегодня находятся под серьезным влиянием от требований указанных объединений, параллельно выполняя предписания своих национальных законодательств. В настоящей статье автор исследует категорию «автономность спорта», а также ее влияние на трудовое законодательство Российской Федерации. В работе отмечается, что автономность спорта следует понимать как явление и как принцип. Законодатель же избегает понятия автономности спорта. В Федеральном законе «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» закреплён принцип саморегулирования в спорте, что вносит дополнительную путаницу в изучение проблемы. В статье приведены примеры воздействия автономии спорта на отдельные формы взаимодействия между спортсменом, тренером и работодателем. В частности, исследованы трудовой договор, временный перевод спортсмена к другому работодателю, процедура рассмотрения индивидуальных трудовых споров. Очевидно, что имплементация норм корпоративных актов спортивных организаций имеет благоприятный эффект для регулирования труда спортсменов. Но работа в настоящем направлении должна продолжаться.

Ключевые слова: автономность спорта; саморегулирование в спорте; корпоративные акты спортивных организаций; трудовое право; спортивное право; спортсмен; законодательство о спорте.

Influence of Sports Autonomy on Labor Legislation of the Russian Federation

Baybekov R. Rinat, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student; e-mail: rinat.baybekov@mail.ru.

Abstract

Sports associations today occupy a rather isolated position relative to other organizations. This could not but affect the subjects of sports, which today are under a serious influence from the requirements of these associations, while simultaneously fulfilling the requirements of their national laws. In this article, the author explores the category of "sport autonomy", as well as its impact on the labor legislation of the Russian Federation. The paper notes that the autonomy of sports should be understood as a phenomenon and as a principle. The legislator, on the other hand, avoids the concept of the autonomy of sports. The Federal Law "On Physical Culture and Sports in the Russian Federation" enshrines the principle of self-regulation in sports, which introduces additional confusion into the study of the problem. The article provides examples of the impact of sports autonomy on individual forms of interaction between an athlete, coach and employer. In particular, the employment contract, the temporary transfer of an athlete to another employer, the procedure for considering individual labor disputes were studied. It is obvious that the implementation of the norms of corporate acts of sports organizations has a beneficial effect on the regulation of the work of athletes. But work in this direction must continue.

Keywords: autonomy of sports; self-regulation in sports; corporate acts of sports organizations; labor law; sports law; athlete; sports legislation.

Введение

Спорт в последнее столетие перестал быть просто формой досуга и способом активного времяпрепровождения. Он стал важной частью жизни общества, частью культуры и в некой мере местом политической борьбы.

Развитие отношений в сфере профессионального спорта и спорта высших достижений привело к формированию собственной системы регулирования, основой которой являются корпоративные акты спортивных организаций, утверждаемые как на международном, так и на национальном уровнях.

Но не стоит забывать о том, что те же спортсмены, тренеры, а также спортивные организации продолжают оставаться в поле действия своих национальных законодательств. Указанные субъекты, несмотря на участие в различной спортивной деятельности, вступают, к примеру, и в трудовые, и в гражданские правоотношения. Из изложенного очевидно, что сфера спорта оказалась одновременно под воздействием двух систем регулирования. Конечно же, это не могло сказаться на управлении отношениями в исследуемой области.

На практике достаточно часто поднимается вопрос о противоречиях, существующих между законодательством и требованиями спортивных организаций. В частности, в спортивных клубах распространены штрафные санкции, которые накладываются на спортсменов. Суды однозначно устанавливают невозможность применения подобных дисциплинарных взысканий и признают соответствующие положения трудовых договоров неподлежащими применению¹. Помимо указанных случаев, сами спортивные объединения, не являющиеся работодателями для спортсменов и тренеров, в своих регламентах устанавливают возможность применения таких санкций, как штраф, спортивная дисквалификация, снятие очков и т. д.² В принципе лица, подвергнутые подобным мерам ответственности, также имеют возможность обратиться за судебной защитой. Но, как правило, субъекты спорта обращаются в дисциплинарные органы спортивных объединений и специализированные третейские суды. Однако существуют примеры того, когда национальные законодательства тем или иным образом перенимали нормы корпоративных актов спортивных организаций или требования спортивных организаций.

В настоящей статье будет предпринята попытка подробнее рассмотреть особое положение спортивных организаций в регулировании трудовых отношений со спортсменами и тренерами, а также будут приведены примеры влияния системы корпоративных актов спортивных организаций на трудовое законодательство.

Так как «спорт» имеет несколько разновидностей, в настоящей работе под указанной категорией будет пониматься профессиональный спорт и спорт высших достижений.

Автономность спорта и принцип саморегулирования в спорте

При описании самостоятельного положения сферы спорта нередко используется термин «автономия (автономность) спорта». Он закреплен в ст. 26 и в п. 6 ст. 28 Олимпийской хартии, где говорится об автономии в деятельности международных спортивных организаций и национальных олимпийских комитетов. Точного понятия о том, что такое автономия, акты спортивных организаций не содержат, поэтому в настоящем вопросе необходимо обратиться к доктрине А. И. Понкиной. Она определяет автономность спорта как характеристику (и одновременно принцип), отражающую независимость сферы спорта от публичных властей, от политических организаций, религиозных объединений и организаций сферы бизнеса³.

Л. И. Захарова обращает внимание на тот факт, что автономность спорта не должна трактоваться как свобода от обязательств в сфере прав человека⁴. Действительно, несмотря на то, что спортивные организации создали свою собственную систему регулирования, они всё же придерживаются соблюдения основных прав человека. Примером этого является их частичное закрепление в Олимпийской хартии, а также создание Консультативного совета по правам человека в структуре Международной федерации футбола (далее — ФИФА).

Автономность спорта, на наш взгляд, можно понимать и как явление, и как принцип. Спорт, как нам известно, формировался с давних времен, а генезис современных видов спорта начался во второй половине XIX — начале XX в.⁵ Огромное влияние на указанный вид деятельности оказывали обычаи, которые со временем трансформировались в правила видов спорта. Помимо происходящего на спортивных площадках, увеличивалось число организационных и иных казусов. Необходимость подробнее регулировать вопросы, связанные с переходами спортсменов, рассмотрением и разрешением спортивных споров, противодействием применению допинга, привели к формированию самостоятельной системы корпоративных актов спортивных организаций. И. М. Амиров на примере хоккея отмечает, что даже в рамках одного вида спорта может сложиться целый ряд отличающихся спортивных порядков⁶. Важно отметить, что с указанной системой считаются как международные организации, так и органы публичной власти государств. Настоящее явление только подчеркивает особый статус сферы спорта в нашем обществе.

¹ См., например: Решение Орджоникидзевского районного суда г. Екатеринбурга от 15 марта 2016 г. по делу № 2-1358/2016 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.08.2022); Решение Одинцовского городского суда от 09 октября 2016 г. по делу № 2-9642/2013 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.08.2022).

² См., например: Правовой регламент КХЛ. URL: <https://www.khl.ru/official/documents/> (дата обращения: 04.08.2022).

³ Понкина А. И. Автономность спорта как теоретико-правовая проблема // Право и современные государства, 2013. № 1. С. 34.

⁴ Захарова Л. И. Международные стандарты прав человека как ограничение принципа автономии спорта // Закон, 2020. № 8. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Спортивное право : учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям «Юриспруденция» и «Физическая культура и спорт» / С. В. Алексеев; под ред. П. В. Крашенинникова; 5-е изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2017. С. 23–25.

⁶ Амиров И. М. Международный спортивный порядок (к постановке проблемы) // Вестник Краснодарского университета МВД России, 2017. № 4 (38). С. 100–101.

Хотя прямое закрепление принципа автономности спорта в корпоративных спортивных актах отсутствует, его достаточно просто заметить в содержании упомянутых актов. Проявления настоящего принципа находятся не только в уже приведенных статьях Олимпийской хартии. В ч. 1 ст. 17 Устав ФИФА содержит требование о том, чтобы Устав члена ФИФА предусматривал процедуру, гарантирующую полную независимость выборов или назначения. За несоблюдение настоящей нормы Футбольная федерация Нигерии (далее — ФФН) дважды была близка к дисквалификации, из-за которой все сборные команды и клубы этого государства не смогли бы принимать участие в международных соревнованиях⁷. В 2010 г. после неудачного выступления на чемпионате мира правительство страны отправило в отставку руководство ФФН. Аналогичное решение после следующего чемпионата мира в 2014 г. принял министр спорта Нигерии. Как в одном, так и в другом случае представители государственных органов отменяли свои решения из-за риска наложения санкций на все сборные команды и клубы Нигерии.

Помимо этого примера, проявлением принципа автономности спорта можно считать нормы о необходимости рассматривать споры с участием спортсменов и тренеров в специализированных третейских судах, последней инстанцией которых является Спортивный арбитражный суд в г. Лозанна (далее — КАС)⁸.

В научной литературе можно найти позиции относительно места исследуемого принципа. М. О. Буянова предлагает относить принцип автономии спорта к специальным принципам спортивного права⁹. На взгляд автора, специальные принципы спортивного права развивают и конкретизируют основные начала правового регулирования, выраженные в общеправовых принципах.

В российском законодательстве принцип автономности спорта нигде не закреплен, но в п. 3 ст. 3 Федерального закона от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ») установлен близкий по своей направленности принцип саморегулирования в спорте. В приведенной норме указан *принцип сочетания государственного регулирования отношений в области физической культуры и спорта с саморегулированием таких отношений субъектами физической культуры и спорта* (далее — принцип саморегулирования в спорте). Указанная формулировка хоть и является основополагающей в отечественном законодательстве, но все равно оставляет немалое число вопросов. С. А. Юрлов отмечает, что основным несовершенством исследуемой проблемы является то, что правила ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ» четко не разграничивают предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования»¹⁰. Действительно, ни в настоящей статье, ни в иных положениях закона нет четкого указания на то, где заканчивается государственное регулирование и начинается саморегулирование.

Путаницу в изучение вопроса настоящего принципа вносит также и использование термина «саморегулирование». Как известно, понятие саморегулирования в российском законодательстве закреплено в Федеральном законе от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях». Согласно ст. 2 настоящего закона под саморегулированием понимается *самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности и содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил*. Очевидно, что между анализируемыми единицами нельзя поставить знак равенства. Саморегулирование в спорте никоим образом не связано с установлением стандартов и правил, а к спортивным организациям не применяется обязанность быть членом саморегулируемой организации. На наш взгляд, саморегулирование в смысле ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ» является некой осторожной попыткой законодателя частично включить в систему нормативных правовых актов принцип автономии спорта.

Установив принцип саморегулирования в спорте, законодатель занял двоякую позицию. С одной стороны, государство обратило внимание на невозможность регулирования отношений в сфере спорта только нормативными правовыми актами и признало корпоративные акты спортивных организаций возможным гибким инструментом регулирования спортивных правоотношений, с другой — законодатель не стал формально закреплять независимое положение этих субъектов.

Влияние автономии спорта на национальные законодательства выражается, в первую очередь, в имплементации норм из корпоративных актов спортивных организаций. Несмотря на общественный характер деятельности спортивных организаций международного уровня, правила, формируемые ими, нередко включаются в нормативные правовые акты государств с целью упорядочить регулирование отношений в сфере спорта внутри конкретного государства. В продолжение настоящего исследования предлагаем рассмотреть основные примеры влияния автономности спорта на трудовое законодательство в Российской Федерации.

⁷ Команде-участнице ЧМ в Бразилии грозит «политическая дисквалификация» [Электронный ресурс] // РБК.Спорт : [сайт]. URL: <https://sportrbc.ru/world2014/article/218688/> (дата обращения: 24.04.2022).

⁸ Устав общероссийской общественной организации «Российский футбольный союз». URL: <https://rfs.ru/subject/1/documents> (дата обращения: 25.04.2022).

⁹ Спортивное право. Общая теория: учебник для вузов / М. О. Буянова. М.: Юрайт, 2018. С. 104.

¹⁰ Юрлов С. А. Определенность нормативного регулирования спорта как предпосылка установления четких пределов автономии спортивных организаций и эффективной защиты прав спортсменов // Lex russica, 2018. № 10. С. 86.

Примеры влияния автономности спорта на трудовое законодательство в Российской Федерации

Спортсмены и тренеры в командных игровых видах спорта, как правило, вступают в трудовые отношения с работодателями, поэтому автономность спорта не могла обойти стороной трудовое право.

Наиболее ярким примером влияния автономности спорта на трудовое законодательство является включение в Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (далее — Трудовой кодекс РФ) гл. 54.1 под названием «*Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров*». До принятия настоящей главы на практике существовал ряд проблем: не было понимания, каким договором регулировать отношения между спортсменом и спортивным клубом, отсутствовали основания для заключения срочного трудового договора со спортсменом, закон не содержал механизмов защиты от одностороннего расторжения трудового договора без уважительных причин со стороны спортсмена и т. д.¹¹ Гл. 54.1 стала проводником для специфических институтов спортивного права в отечественном законодательстве.

Важно отметить, что в ч. 3 ст. 348.1 Трудового кодекса РФ среди инструментов, которыми регулируются особенности труда спортсменов и тренеров, выделяются нормы, утвержденные общероссийскими спортивными федерациями. Таким образом, законодатель включил в Трудовой кодекс ссылку на положения корпоративных актов спортивных организаций. Полагаем, что настоящая конструкция неоправданно сужает сферу действия настоящих актов. Возникает логичный вопрос: почему законодатель упомянул только общероссийские спортивные федерации, забыв, к примеру, про профессиональные спортивные лиги? Также спорным представляется указание на национальный уровень применительно к устанавливаемым нормам, так как акты международных спортивных организаций играют даже более значимую роль для субъектов спорта. Что любопытно, законодатель в целом избегает упоминаний корпоративных актов международных спортивных организаций. В Трудовом кодексе РФ им место не нашлось, а в ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ» акты международных спортивных организаций закреплены один раз в п. 5 ст. 36.2.

Специфика организации сферы спорта не могла не затронуть и такой важнейший институт трудового права, как *трудовой договор*. Законодатель в ст. 348.2 Трудового кодекса РФ увеличил перечень обязательных условий для включения в трудовой договор для спортсменов и тренеров, а также расширил перечень дополнительных условий, не ухудшающих положение работника. Отпечаток на содержимом трудовых договоров оставили также общероссийские спортивные федерации и лиги. Настоящие субъекты в отдельных видах спорта разрабатывают рекомендуемые формы для трудового договора со спортсменом.

Фундаментом трудовых договоров со спортсменами, очевидно, являются условия, имеющие трудовую характер. Но если проанализировать их, то можно заметить немалое количество условий, носящих и гражданско-правовой характер.

В. П. Васьякович отмечает, что такое положение дел не противоречит ни трудовому, ни гражданскому законодательству¹². В п. 3 ст. 421 ГК РФ указано, что стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор), то есть стороны могут самостоятельно конструировать свой договор. Настоящая позиция не противоречит п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.11.2015 № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего труд спортсменов и тренеров», где установлено, что в трудовой договор со спортсменом, тренером также могут быть включены условия, носящие гражданско-правовой характер, в том числе порождающие обязательства сторон как субъектов спорта, принимающих участие в спортивных соревнованиях по определенному виду или видам спорта.

О. А. Шевченко предлагает интересную идею заключать со спортсменами и тренерами как трудовой договор, так и отдельный гражданский правовой договор¹³. Но, на наш взгляд, подобная мера вряд ли вызовет одобрение у сторон трудовых отношений. Во-первых, закрепление всех условий в одном документе — это более удобная форма взаимодействия между работником и работодателем. Во-вторых, заключение нескольких договоров может противоречить обычаям, сложившимся в спорте на международном уровне и закрепленным в корпоративных актах спортивных организаций в виде типовых договоров.

Еще одним примером влияния системы корпоративных актов спортивных организаций является закрепление именуемой в спорте «аренды» спортсмена. Настоящий институт закреплен в Трудовом кодексе РФ под названием *временный перевод спортсмена к другому работодателю*. Исходя из смысла ст. 348.4 Трудового кодекса РФ для временного перевода спортсмена к другому работодателю необходимы следующие условия:

- 1) согласование между работодателями;

¹¹ Цивилева Ю. Р. Проблемы правового регулирования труда спортсменов // Спорт: экономика, право, управление, 2007. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹² Васьякович В. П. Современные договорные конструкции в профессиональной деятельности спортсмена // Пермский юридический альманах, 2020. № 3. С. 291–292.

¹³ Шевченко О. А. Особенности природы и содержания трудового договора профессионального спортсмена // Теория и практика физической культуры, 2015. № 10. С. 59.

2) письменное согласие спортсмена;

3) временный перевод спортсмена к другому работодателю осуществляется на срок не более одного года.

На практике этот инструмент используется для того, чтобы предоставить игровое время спортсменам, не входящим в стартовый состав своей команды, а также для предоставления опыта молодым спортсменам в клубах и лигах уровнем ниже.

Стоит отметить, что этот институт берет свое начало из корпоративных актов спортивных организаций по виду спорта «футбол». Но в разных видах спорта отношение к временному переводу спортсмена к другому работодателю может кардинально отличаться. Формально временный перевод спортсмена к другому работодателю возможен в любом из них, но фактически клубы не смогут им воспользоваться из-за ограничений, устанавливаемых спортивной организацией, которая обеспечивает проведение соревнований. К примеру, в Континентальной хоккейной лиге (далее — КХЛ) некоторое время существовал запрет на «аренду» хоккеистов. В подобной ситуации использование временного перевода к другому работодателю было невозможным. На сегодняшний день в Правовом регламенте КХЛ действует ограничение на количество спортсменов, которых клуб может переводить и принимать в рамках временного перевода, а также ограничение на возраст спортсменов, которых можно временно переводить¹⁴. Помимо этого, настоящий акт запрещает осуществлять временный перевод более двух хоккеистов из одного клуба. За нарушения настоящих требований спортивный клуб может быть подвергнут санкциям соответствующей спортивной лигой.

Полагаем, что ст. 348.4 Трудового кодекса РФ необходимо дополнить положением о том, что временный перевод спортсмена к другому работодателю возможен при отсутствии ограничений на такой перевод со стороны общероссийской спортивной федерации или профессиональной спортивной лиги.

В 2020 г. в Трудовой кодекс РФ была добавлена ст. 348.13, в которой установлены особенности *рассмотрения индивидуальных трудовых споров спортсменов, тренеров в профессиональном спорте и спорте высших достижений*. Исходя из ее смысла, индивидуальные трудовые споры указанных субъектов рассматриваются комиссиями по трудовым спорам и судами, а также могут быть переданы в национальный третейский орган, администрирующий арбитраж (третейское разбирательство) споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений. Следует отметить, что положения о рассмотрении споров из Трудового кодекса РФ отличаются от положений ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ». Наиболее заметным отличием является наличие в ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ» положения, предоставляющего право общероссийской спортивной федерации и профессиональной спортивной лиге устанавливать досудебный порядок урегулирования споров. Настоящий порядок реализуется благодаря юрисдикционным органам, которые создаются внутри спортивной организации.

Целесообразно обратить внимание, что на практике в профессиональном спорте и спорте высших достижений большинство споров, в частности трудовых, рассматриваются именно в юрисдикционных органах при спортивных организациях. Обжалуются решения таких юрисдикционных органов в специализированных третейских судах. Как правило, последней инстанцией в системе специализированных арбитражных учреждений является Спортивный арбитражный суд в г. Лозанне.

Спортсмены и тренеры не так часто обращаются в государственные суды. Настоящий факт подтверждается статистикой — с января 2016-го по октябрь 2020 г. в одной из информационных систем можно было найти чуть более 200 решений по трудовым спорам с участием профессиональных спортсменов, что является далеко не крупной цифрой¹⁵.

Между процедурой рассмотрения споров в судах и в юрисдикционных органах спортивных организаций существует ряд отличий. К. С. Якимова выделяет следующие преимущества вторых:

- оперативность разрешения спора;
- максимальный учет специфики конкретного вида спорта;
- обеспечение конфиденциальности рассмотрения спора;
- эффективность механизма исполнения решений (возможность применения спортивных санкций в виде штрафов, снятия турнирных очков, дисквалификации, запрета регистрировать новых спортсменов)¹⁶.

Как мы видим, субъекты спорта не стремятся обращаться в государственные суды. И удобство разрешения споров не является единственным фактором сложившейся ситуации. Напомним, что спортивные организации в своих корпоративных актах, как правило, устанавливают запреты на обращения в государственные суды. Поэтому спортсмен, планирующий продолжать свою карьеру и оставаться частью спортивного мира, не станет рисковать с возможностью быть подвергнутым спортивным санкциям.

¹⁴ Правовой регламент КХЛ. URL: https://www.khl.ru/documents/KHL_legal_regulations_2021.pdf (дата обращения: 11.05.2022).

¹⁵ Якимова К. С. Разрешение трудовых споров с участием спортсменов: обзор судебной практики // Трудовое право в России и за рубежом, 2021. № 1. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Якимова К. С. К вопросу о разрешении органами спортивных федераций и профессиональных спортивных лиг индивидуальных трудовых споров со спортсменами // Трудовое право в России и за рубежом, 2021. № 3. С. 53–55. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Несмотря на наличие немалого количества норм, заимствованных из корпоративных актов спортивных организаций, законодатель обошел стороной вопрос *переходов (трансферов) спортсменов из одной спортивной организации в другую*. Нельзя отрицать, что трансферы спортсменов являются важнейшей частью экономической деятельности спортивных организаций, но отношение к ним в юриспруденции противоречиво. Ключевой проблемой является тот факт, что трансферный договор, обладающий гражданско-правовой природой, в некоторый степени противоречит основам трудового права.

Компенсационный характер трансферного договора идет в противовес принципу свободы труда. Спортивные клубы в ходе своей деятельности вкладывают огромные ресурсы в подготовку спортсмена, тратят немалые средства на поиск футболиста необходимого уровня подготовки и подписание соглашения с ним. Также работодателю тяжелее заменить спортсмена, ведь он обладает уникальными навыками и, как правило, гармонично вписан в тактическую модель тренера. Как итог, спортсмен с действующим трудовым договором лишен полноценной возможности выбирать новое место работы. Он вынужден либо оставаться в своем клубе, либо перейти в ту команду, которая сможет договориться с его действующим клубом по компенсации.

Критики также обращают внимание на невозможность легализации трансферного договора в гражданском законодательстве из-за схожести с договором купли-продажи. Как известно, время рабовладельчества в цивилизованном обществе прошло, и спортсмен не может являться объектом гражданских прав. Мы же полагаем, что подобные сравнения некорректны, так как предметом трансферного договора является право спортивной организации заявлять конкретного спортсмена на спортивные соревнования, в которых принимает участие соответствующая спортивная организация. Также стоит отметить, что КАС определил следующие существенные условия трансферного договора:

- 1) согласие спортивного клуба, в котором состоит игрок, на досрочное прекращение договора с этим игроком;
- 2) воля и согласие другого спортивного клуба приобрести права на этого игрока;
- 3) согласие игрока на то, чтобы перейти из одного спортивного клуба в другой;
- 4) цена или стоимость перехода¹⁷.

Из этого следует, что осуществить трансфер без согласия самого спортсмена невозможно.

На наш взгляд, на данный момент нет серьезных барьеров для включения в законодательство положений о переходе (трансфере) спортсмена из одной спортивной организации в другую. Настоящий институт уже сложился в профессиональном спорте на международном уровне и признается всеми субъектами спорта. Так почему же законодатель включил в Трудовой кодекс РФ институт аренды, но обошел стороной переходы (трансферы) спортсменов? Непризнание упомянутых положений только усложняет регулирование отношений в сфере спорта. Как уже отмечалось, большинство спортивных споров рассматривается в дисциплинарных органах спортивных объединений и специализированных третейских судах, но ведь спортсмен или тренер теоретически может прибегнуть к защите своих прав в суде. Поэтому очевидно, что нормативная база в данном направлении должна быть проработана.

Заключение

В целом специфика сферы спорта, которая выражается в сосуществовании двух систем регулирования отношений, может вызвать массу вопросов у стороннего наблюдателя. Необычно сталкиваться с областью, где частные организации находятся в достаточно обособленном положении относительно государства, где существует собственная система юрисдикционных органов и применяются спортивные санкции, где за переходы работников из одной организации в другую уплачиваются огромные суммы. Полагаем, что сложившаяся диспозиция в управлении спортом оправданна. Корпоративные акты спортивных организаций являются более гибким инструментом, имеющим возможность подстраиваться под изменяющиеся отношения, в которые вступают субъекты спорта. Указанные источники учитывают особенности каждого вида спорта и принципы организации деятельности различных спортивных объединений, на что объективно не способны нормативные правовые акты.

Спорт нередко называют социокультурным феноменом. На спортивных площадках происходит диалог культур, спорт формирует личность, а состязания привлекают внимание большого числа зрителей. С нашей точки зрения, внешнее вмешательство в эти процессы может привести к негативным последствиям. Принцип автономности спорта как раз таки направлен на защиту спортивных объединений от какого-либо политического, экономического и иного влияния.

Как уже отмечалось, в последнее время нормы регламентов спортивных организаций переключаются в нормативные акты. Указанный факт, безусловно, оказывает благоприятное влияние на регулирование отношений в сфере спорта и защиту прав спортсменов и тренеров. Но, на наш взгляд, отдельные положения законодательства о спорте все-таки требуют своего совершенствования.

¹⁷ CAS 2011/A/2356 SS Lazio S.p.A. v. CA Vélez Sarsfield & Fédération Internationale de Football Association (FIFA). URL: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2356.pdf> (дата обращения: 14.05.2022).

Литература

1. *Амиров И. М.* Международный спортивный порядок (к постановке проблемы) // Вестник Краснодарского университета МВД России, 2017. № 4 (38). С. 97–105.
2. *Васькевич В. П.* Современные договорные конструкции в профессиональной деятельности спортсмена // Пермский юридический альманах, 2020. № 3. С. 286–299.
3. *Захарова Л. И.* Международные стандарты прав человека как ограничение принципа автономии спорта // Закон, 2020. № 8. С. 61–72. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
4. *Понкина А. И.* Автономность спорта как теоретико-правовая проблема // Право и современные государства, 2013. № 1. С. 24–38.
5. Спортивное право. Общая теория: учебник для вузов / *М. О. Буянова*. М.: Юрайт, 2018. 154 с.
6. Спортивное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям «Юриспруденция» и «Физическая культура и спорт» / С. В. Алексеев; под ред. П. В. Крашенинникова; 5-е изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2017. 927 с.
7. *Цивилева Ю. Р.* Проблемы правового регулирования труда спортсменов // Спорт: экономика, право, управление, 2007. № 3.
8. *Шевченко О. А.* Особенности природы и содержания трудового договора профессионального спортсмена // Теория и практика физической культуры, 2015. № 10. С. 59–61.
9. *Юрлов С. А.* Определенность нормативного регулирования спорта как предпосылка установления четких пределов автономии спортивных организаций и эффективной защиты прав спортсменов. *Lex russica*, 2018. № 10. С. 85–97.
10. *Якимова К. С.* Разрешение трудовых споров с участием спортсменов: обзор судебной практики // Трудовое право в России и за рубежом, 2021. № 1. С. 51–54.
11. *Якимова К. С.* К вопросу о разрешении органами спортивных федераций и профессиональных спортивных лиг индивидуальных трудовых споров со спортсменами // Трудовое право в России и за рубежом, 2021. № 3. С. 53–55. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

References

1. Amirov, I. M. International Sports Order (to the Formulation of the Problem). *Bulletin of the Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Vestnik Krasnodarskogo universiteta MVD Rossii]*. 2017. No. 4 (38). P. 97–105. (In Rus.)
2. Vas'kevich, V. P. Modern Contractual Structures in the Professional Activity of an Athlete. *Perm Legal Almanac [Permskij juridicheskij al'manah]*. 2020. No. 3. P. 286–299. (In Rus.)
3. Zakharova, L. I. International Human Rights Standards as a Limitation of the Principle of Sports Autonomy. *Statute [Zakon]*. 2020. No. 8. P. 61–72. (In Rus.)
4. Ponkina, A. I. Autonomy of Sport as a Theoretical and Legal Problem. *Law and Modern States [Pravo i sovremennye gosudarstva]*. 2013. No. 1. P. 24–38. (In Rus.)
5. Buyanova, M. O. Sports Law. General Theory: Textbook for Universities M.: Yurajt [Jurajt], 2018. 154 p. (In Rus.)
6. Alexeev, S. V. Sports Law [Sportivnoe pravo]. Ed. by P. V. Krasheninnikov. M.: UNITI-DANA, 2017. 927 p. (In Rus.)
7. Civeleva, Ju. R. Problems of Legal Regulation of the Work of Athletes. *Sport: Economics, Law, Management [Sport: jekonomika, pravo, upravlenie]*. 2007. No. 3. (In Rus.)
8. Shevchenko, O. A. Features of the Nature and Content of the Employment Contract of a Professional Athlete. *Theory and Practice of Physical Culture [Teorija i praktika fizicheskoy kul'tury]*. 2015. No. 10. P. 59–61. (In Rus.)
9. Yurlov, S. A. Definiteness of Normative Regulation of Sports as a Prerequisite for Establishing Clear Limits on the Autonomy of Sports Organizations and Effective Protection of The Rights of Athletes. *Lex russica*. 2018. No. 10. P. 85–97. (In Rus.)
10. Yakimova, K. S. Resolution of Labor Disputes Involving Athletes: a Review of Judicial Practice. *Labor Law in Russia and Abroad [Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom]*. 2021. No. 1. P. 51–54. (In Rus.)
11. Yakimova, K. S. On the Issue of Resolution by the Bodies of Sports Federations and Professional Sports Leagues of Individual Labor Disputes With Athletes. *Labor Law in Russia and Abroad [Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom]*. 2021. No. 3. P. 53–55. (In Rus.)

ПРАВОВЫЕ РЕФОРМЫ: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ И БУДУЩЕЕ

Обзор секции юридического факультета Северо-Западного института управления РАНХиГС, состоявшейся в рамках VI Международного Невского форума (Санкт-Петербург, 25 июня 2022 г.)

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

главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права; e-mail: nrasuvaev@yandex.ru.

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

ответственный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция»; e-mail: shmarko-ik@ranepa.ru.

Аннотация

Статья представляет собой обзор выступлений участников секции юридического факультета Северо-Западного института управления РАНХиГС, состоявшейся в рамках VI Международного Невского форума (Санкт-Петербург, 25 июня 2022 г.) «Правовые реформы: прошлое, настоящее и будущее», на которой обсуждались проблемы проведения реформ в области права, как общие проблемы проведения реформ в виде необходимости определения четкой цели и ориентиров реформы, так и в части реформ в отдельных юридических областях (образование, цифровизация, история права, конституционное право, гражданское право). В целом участники пришли к единому мнению о необходимости учета социального, экономического и политического контекста при проведении реформ и оценке их результатов, четкой постановки цели реформ и необходимости сохранения в рамках текущих изменений приверженности незыблемым идеям и принципам права, и конституционного права в частности.

Ключевые слова: правовая реформа; цель реформы; конституционные принципы; конституционная идентичность; цифровизация в праве.

LEGAL REFORMS: PAST, PRESENT AND FUTURE

Review of the section of the Faculty of Law of the North-West Institute of Management of the RANEPa, held within the framework of the VI International Nevsky Forum (St. Petersburg, June 25, 2022)

Nikolay V. Razuvaev, North-West Institute of Management, Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russian Federation)

Doctor of Science (Jurisprudence), Head of the Department of Civil and Labor Law, Chief Editor of the Theoretical and Applied Law; e-mail: nrasuvaev@yandex.ru.

Irina K. Shmarko, North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russian Federation)

editor of the Theoretical and Applied Law; e-mail: shmarko-ik@ranepa.ru.

Abstract

The article is a review of the speeches of the participants of the section of the Faculty of Law of the Northwestern Institute of Management of the RANEPa, held within the framework of the VI International Nevsky Forum (St. Petersburg, June 25, 2022) "Legal reforms: past, present and future", which discussed the problems of reforms in the field of law, as general problems of reforms in the form of the need to define a clear goal and guidelines for reform, and in terms

of reforms in certain legal areas (education, digitalization, legal history, constitutional law, civil law). In general, the participants agreed on the need to take into account the social, economic and political context when carrying out reforms and evaluating their results, clearly setting the goal of reforms, and the need to maintain, within the framework of current changes, adherence to unshakable ideas and principles of law, and constitutional law in particular.

Keywords: legal reform; the purpose of reform; constitutional principles; constitutional identity; digitalization in law.

Среди непростых и тревожных событий, которыми как для нашей страны, так и для всего мирового сообщества ознаменовался 2022 г., заметное место занимает кризис системы международных отношений, породивший разрыв многих устойчивых связей во всех областях, в том числе в военно-политической, социально-экономической, образовательной, культурной и т. п. Без преувеличения можно утверждать, что глобальные события, повлиявшие на развитие человечества в текущем году, поставили под сомнение состоятельность «постсовременной» парадигмы мироустройства, в которой ведущую роль играют цифровые технологии, прогрессивное развитие которых, стимулирующее социальный прогресс, еще совсем недавно рисовалось многими экспертами в качестве неограниченного.

В условиях неопределенности перспектив дальнейшего развития, характеризующей текущую ситуацию, становится вполне очевидной нелинейность путей социальной эволюции, общий ход которой способен кардинально меняться под влиянием множества факторов, зачастую не прогнозируемых заранее. Тем не менее подобная нелинейность развития не отрицает существования законов истории, но свидетельствует лишь о том, что не может быть представлена в виде непрерывного поступательного движения, направленного к заранее известной цели, достижение которой не требует творческих усилий, прилагаемых участниками исторического процесса. В этой связи трудно не согласиться с мнением, высказанным еще в XIX столетии философом и историком Н. Я. Данилевским, утверждавшим, что суть социального прогресса заключается «не в том, чтобы идти все время в одном направлении (в таком случае он скоро бы прекратился), а в том, чтобы исходить все поле, составляющее поприще исторической деятельности человечества, во всех направлениях»¹.

Вряд ли уместно спорить с тем, что активное развитие высоких технологий в постиндустриальную (информационную) эпоху открыло перед человечеством новые перспективы, безгранично расширившие горизонты эволюционных возможностей и предвещавшие — уже в который раз! — неизбежность скорого наступления «конца истории», благодаря переходу к дистанционным формам коммуникации. Как казалось на первый взгляд, такое дистанционное общение, объединяя в рамках единой глобальной деревни множество людей, обладающих разным образовательным потенциалом, различными картинками мира и неодинаковыми коммуникативными навыками, будет способствовать успешному преодолению конфликтов и согласованию существующих противоречий².

Текущие события, однако, показали, что обществом высоких технологий одновременно является и «обществом риска»³. Причем в этом обществе к ставшим уже привычными угрозам и вызовам сегодня добавляются новые (либо хорошо забытые старые) опасности, делающие жизнь человека в переходной ситуации все более нестабильной. Одной из причин такой нестабильности является появление новых барьеров, утрата взаимопонимания и эскалация напряженности, как в общесоциальном, так и в межличностном общении. История, пусть не в глобальной, но уж точно в региональной — евразийской — перспективе, сделала очередной поворот, поставив перед человеческими сообществами проблему трансформации, одним из важных аспектов которой является реформирование социальных и правовых порядков.

Не случайно темой очередного Международного Невского форума, организованного Северо-Западным институтом управления РАНХиГС и приуроченного к 350-летию годовщине со дня рождения императора Петра I, чьи реформаторские усилия создали отечественную государственность Нового времени, стал феномен российской реформ, рассматриваемый в различных своих аспектах и в самой широкой исторической перспективе. Участники форума, проходившего с 23 по 25 июня, обсудили ряд вопросов, приобретших значительную актуальность в сложившихся условиях. Речь, в частности, шла о разрыве международных связей как вызове, ответом на который должно стать реформирование экономики, системы органов государственной власти, а также трансформации общественных организаций и бизнес-структур. Пристальное внимание на форуме привлекла ставшая уже традиционной тема инновационных технологий, способствующих прорывному развитию и активным структурным изменениям в сжатые сроки.

Представители научного, экспертно-аналитического и бизнес-сообществ из Санкт-Петербурга и других городов России обсудили возможные направления реформ, механизмы управления процессами реформирования, а также проанализировали соотношение темпов динамики различных подсистем общества в условиях направленного реформирования указанных подсистем. Одна из секций в рамках Международного Невского форума была организована юридическим факультетом. Заявленной темой секции стало настоящее, прошлое и будущее правовых

¹ Данилевский Н. Я. Россия и Европа. М.: Книга, 1991. С. 109.

² См. об этом: Маклюэн М. Галактика Гутенберга: Становление человека печатающего. Изд. 3-е. М.: Академический проект, 2015. С. 47 и след.

³ См.: Бек У. Общество риска: на пути к другому модерну. М.: Прогресс-Традиция, 2000.

реформ. Значение преобразования правопорядка в контексте системных социальных и политических реформ едва ли возможно переоценить.

Роль права как упорядоченной совокупности, системы формальных (юридических и знаково-символических) средств конституирования правопорядка и регулирования поведения индивидов становится особенно заметной в эпоху Нового времени, с переходом от традиционных сообществ с аграрным хозяйственным укладом к индустриальным обществам современного типа. Вот почему правовые реформы являются важным инструментом модернизации общества. Опыт как России, так и зарубежных стран, проходивших стадию модернизации (например, Восточной и Центральной Европы, Египта, Турции, Ирана, Китая и т. п.), свидетельствует о том, что реформирование любых социальных структур осуществляется юридическими методами и, следовательно, представляет собой одно из направлений правовых реформ. Именно поэтому тема секции привлекла повышенный интерес со стороны не только российских ученых-юристов, но и наших партнеров из высших учебных заведений Китайской Народной Республики, представленных среди участников секции.

В работе секции юридического факультета «Правовые реформы: прошлое, настоящее и будущее» в общей сложности приняли участие 14 спикеров, включая 5 представителей китайских вузов. В качестве слушателей и участников дискуссии в зале присутствовали 36 человек: преподаватели и студенты СЗИУ РАНХиГС, представители Конституционного суда Российской Федерации, Законодательного Собрания Санкт-Петербурга, Санкт-Петербургского государственного университета, РГПУ им. А. И. Герцена, ГКУ ЛО «Государственный экспертный институт регионального законодательства». Кроме того, более 30 участников из России и КНР присоединились онлайн. Модератором секции являлся декан юридического факультета, доктор юридических наук профессор Сергей Львович Сергевнин. С основным докладом на секции выступил судья Конституционного суда Российской Федерации Сергей Дмитриевич Князев. Учитывая высокую степень научной и практической значимости обсуждения, состоявшегося в рамках секции, мы публикуем обзор выступлений ее участников.

Сергей Дмитриевич Князев⁴. Говорить о правовых реформах сегодня вряд ли возможно, обойдя тему реформирования Конституции РФ. В 2020 г. в результате Всероссийского голосования были приняты поправки к Конституции. Но прежде чем эти изменения были вынесены на голосования, они были одобрены Конституционным судом РФ. В Заключении от 16 марта 2020 г. суд пришел к выводу о том, что по своему содержанию нормы, которые планировалось инкорпорировать в Конституцию, не противоречат ее неизменяемым главам⁵. Безусловно, мы отдавали себе отчет в том, что факт признания соответствия вносимых поправок действующей Конституции вовсе не свидетельствовал о том, что принятие этих изменений не повлияет на весь конституционный текст, и это не могло не сказаться на нашем восприятии, понимании конституционно-правовых институтов, которые описаны в гл. 1 и 2 в частности.

Если посмотреть на многие из положений, которые теперь являются неотъемлемой частью Конституции, то любому, даже самому предвзятому и небеспристрастному, интерпретатору станет очевидно, что сегодня мы живем в условиях, когда фактически многие правовые институты и ценности не могут не претерпевать изменений. Достаточно вспомнить такие изменения, как указание на правопреемство Российской Федерацией СССР, появление понятий единой системы публичной власти, сбалансированности прав и обязанностей человека и гражданина, экономической и политической социальной солидарности, уважения к человеку труда и др. Например, хочется спросить, кто такой человек труда, есть ли его антипод и как это соотносится со второй главой, которая говорит о ценности человека как такового? Нужно ли выделять некую самостоятельную подкатегорию лиц — человек труда? И вправе ли претендовать на статус человека труда предприниматели, топ-менеджеры крупных компаний, представители самой публичной власти?

Эти вопросы возникают, и они будут оказывать влияние на формирование современного облика российского конституционализма. Эти вопросы имеют существенное значение, но срок после внесения изменений прошел не такой значительный в историческом плане, и, несмотря на прямое действие Конституции, соответствующие институты должны сопровождаться необходимыми законодательными решениями, правоприменительной практикой. Особую роль будет иметь интерпретация и уяснение смысла этих институтов, в том числе в результате деятельности Конституционного суда РФ. Некоторые новации Конституции очень напоминают «давно забытое старое»: единство системы органов публичной власти — единство советов сверху донизу, сбалансированность прав и обязанностей — соответствующие главы советских конституций о правах и обязанностях граждан (сейчас в названии гл. 2 нет указания на обязанности). Или достаточно очевидным казался принцип обеспечения взаимного доверия государства и общества, который вытекает из норм гл. 1 и 2 Конституции на основе принципа поддержания доверия к действиям государства и к закону, который, безусловно, сохраняет свое значение, и публичная власть, принимая те или иные

⁴ Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

⁵ См.: Заключение Конституционного суда Российской Федерации о соответствии положениям гл. 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу ст. 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации от 16 марта 2020 г. № 1-3 // Российская газета, 2020. № 56 (8110).

решения или совершая действия, обязана учитывать данный принцип, заботиться о стабильности правовой системы, обеспечивать уважение прав и свобод человека.

Но в текущей формулировке выходит, что не только государство должно беспокоиться о сохранении доверия к нему, а должно быть обеспечено взаимное доверие граждан и государства, то есть по логике каждый из нас должен заботиться о том, чтобы государство испытывало к нему доверие. В этом смысле возникает очень серьезный, на мой взгляд, вопрос конституционной идентичности, который, в частности, поднимался Конституционным судом РФ несколько лет назад. Например, О. Е. Кутафин писал о том, что правомерна постановка вопроса о российском конституционализме и каждое государство, которое избрало для себя следование конституционной традиции, неминуемо адаптирует эту традицию к своим национальным условиям⁶. При этом не стоит тестить себя иллюзиями, что можно построить какой-то абсолютно самодостаточный суверенный конституционализм, в котором не будет черт конституционной традиции: свобод и прав человека, свободы СМИ, свободы слова и т. д. Говоря о конституционной идентичности РФ важно не переусердствовать. Безусловно, доминанта конституционной традиции и ценностей должна сохраняться.

Поэтому, когда мы решаемся на реформы в целях поиска и обретения Россией собственного конституционно-правового облика, важно, чтобы конституционные ценности не остались на периферии и чтобы Конституция не стала текстом, оторванным от жизни. Сегодня чаще всего предпринимают конституционную реформу критикуют именно те представители юридической науки, которые сами многие годы доказывали необходимость внесения поправок в Конституцию. Но если мы хотим сохранить конституционные ценности, то желание проводить конституционные реформы стоит сдерживать. При этом важно, чтобы Конституционный суд в своей деятельности, при всей необходимости реализации концепции «живой» конституции⁷, не отдалялся от конституционного текста, не наполнял его тем смыслом, который Конституции не известен, чтобы текст Основного закона и конституционный правопорядок не отдалялись друг от друга.

Вань Дань⁸. В Китае уже долгое время проводятся системные реформы, основным принципом которых является, в частности, верховенство закона. В начале проведения политики реформ и открытости в Китае в 1978 г. китайский ВВП составлял всего лишь 1,78 % общемирового ВВП, а сейчас его доля приближается к 20 %. Поэтому проводимые за 40 лет реформы можно считать успешными. В 1992 г. Китай принял решение о создании социалистической рыночной экономики и подтвердил, что рыночная экономика — это в первую очередь правовая экономика. Тогда было принято решение о совершенствовании целого ряда законов. Политика открытости привела к тому, что в декабре 2001 г. Китай вступил в ВТО, после чего, согласно обещаниям Китая, данным при вступлении в эту организацию, внутренняя правовая система должна была быть приведена в соответствие определенным требованиям.

В 2008 г. на фоне мирового финансового кризиса Китай продолжал реформы открытости. Становление правовой системы в этот период можно проиллюстрировать тем, что в 2011 г. Государственный Совет выпустил Белую книгу о социалистической правовой системе с китайской спецификой⁹, что можно считать официальным заявлением о создании соответствующей системы. Системные реформы, как можно увидеть, приводят к развитию и процветанию страны и всего мира. Конечно, проблемы остаются. Кризис 2008 г. послужил новым стимулом к изменениям. Мы продолжаем бороться с коррупцией и некоторыми злоупотреблениями властью, для чего действующими органами власти принимаются соответствующие законы и меры. Принцип верховенства закона для системного развития Китая играет базовую роль фундамента.

Реформы и правовая система находятся во взаимозависимом состоянии и взаимодействии. По результатам исследования общественного мнения в Китае в период с 2003 по 2016 г. был отмечен рост степени удовлетворенности граждан действиями органов власти Китая на всех уровнях управления. Степень доверия китайских граждан к правительству выросла, что создает благоприятные условия для проведения системных реформ. Здесь стоит упомянуть три основных принципа, соблюдение которых требуется для успешной реформы. Первое — это сочетание внешнего народного контроля и внутреннего контроля человека, то есть начинать нужно с самого себя. В стране, где одна партия находится у власти столь долгое время, актуален вопрос, как идти в ногу со временем и сохранять жизнеспособность. За 100 лет существования коммунистической партии Китая руководители партии отвечали на этот вопрос по-разному.

⁶ См.: Кутафин О. Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008.

⁷ Речь идет о концепции, разработанной в конце XIX – первой половине XX вв. рядом американских юристов, находившихся под влиянием правового реализма (Р. Паундом, О. В. Холмсом, Ч. Э. Хьюзом и др.), по мнению которых Конституция представляет собой особый «живой организм», развивающийся под воздействием социальных, экономических, политических и иных факторов. При этом сторонники концепции «живой конституции» полагают, что к числу наиболее важных средств трансформации Конституции относится ее судебное и доктринальное толкование, в ряде случаев устраняющее необходимость внесения конституционных поправок в текст Основного закона. См. подробнее: Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран. Изд. 3-е, испр. и доп. М.: Форум – ИНФРА-М, 2008. (Прим. ред.).

⁸ Профессор департамента академических наук Пудунской академии руководящих кадров (Шанхай, Китай).

⁹ См.: Пресс-канцелярия Госсовета КНР опубликовала Белую книгу о социалистической правовой системе с китайской спецификой. URL: <http://russian.people.com.cn/31521/7628561.html> (дата обращения: 27.08.2022).

Например, сразу после китайско-японской войны Мао Цзэдун сказал, что народ контролирует правительство¹⁰, только при народном контроле и наблюдении компартия может сохранить способность управления страной и обеспечить экономический рывок в развитии. Си Цзиньпин обобщил столетний опыт управления страной и дал другой ответ на этот вопрос: партия должна постоянно преобразовываться в рамках внутреннего самоконтроля. Народный контроль — этот внешний фактор, а самоконтроль — это внутренняя мотивация. И оба эти вектора развития основаны на том, что народ, прежде всего, и партия служат народу для достижения народного благополучия, благосостояния. Все это выражается в степени удовлетворенности китайского народа действиями правительства. Второй важный принцип — это сочетание управления партией на основании закона и на основании установленных правил. На всем пути построения правовой системы до проведения реформ в соответствии с руководящими принципами это является важной гарантией. Партия реагирует на контроль со стороны народа, судебной и правовой системы. Следующий принцип — планирование реформ на высшем уровне и проведение реформ, как говорится, «перехода через реку, ощупывая камни», — методом проб и ошибок. Этот подход позволяет нам постепенно развиваться. То есть мы можем для реформ выделять места пилотного регулирования, а затем уже расширять территорию реформирования на всю страну. Это позволяет в период пилотного проекта реформирования выявить проблемы, проанализировать их, убедиться в работоспособности изменений, а потом распространить их на всю территорию Китая.

Цю Чжаоцзы¹¹. Учитывая важность реформирования правовой системы и соблюдения принципа верховенства закона, а также развитие технологий, особое внимание необходимо в этой ситуации уделять и реформированию юридического образования. В настоящий момент искусственный интеллект (ИИ) уже глубоко проник в систему права, и мы уже пользуемся этими достижениями технологического развития. Главным фактором для применения технологий является то, что юристу необходимо получать знания из огромного количества текстов, и ИИ ему помогает в этом. В настоящий момент мы находимся на такой стадии развития взаимодействия ИИ и системы права, когда мы, можно сказать, признали взаимозависимость данных явлений.

У нас есть две цели: понять, как устроена работа человеческого интеллекта, и исходя из этого знания создать интеллектуальные компьютерные программы. Уже сейчас существует технология извлечения текстовой информации Watson, а система IBM Debater умеет вести дискуссию и выстраивать аргументацию. Эти системы построены на различных технологических подходах к разбору текста, хотя эти программы не занимаются толкованием юридических текстов, они предоставляют методы разбора текстов. Сочетание методов разборов юридического текста с вычислительными моделями приведет к революционным изменениям в методах юридической практики, которой традиционно занимаются профессиональные юристы. В будущем юридическая работа будет осуществляться совместно со специалистами в области IT, при этом часть работы будет полностью возложена на цифровое приложение или программное обеспечение, созданное специально для права. Уже сейчас юридические технологии самообучаются на основе обработки большого объема документов. Это является ядром работы системы. То есть происходит выборка, обработка и извлечение информации из юридических текстов.

Сейчас мы переходим на следующий этап внедрения ИИ в правовую сферу, что требует пересмотра подходов к юридическому образованию. Во-первых, теперь необходимы юристы, которые разбираются в информационных технологиях. И нужны именно юристы, понимающие в IT, а не технические специалисты, которые немного разбираются в юриспруденции. Это создает потребность в особых программах образовательной подготовки, например по таким специальностям, как технолог в области права, программист в области права, а также специалист, который занимается разрешением споров в сфере IT. Например, в г. Ханчжоу в суде для разрешения споров, связанных с Интернетом, создан отдельный суд. Возникли новые предметы в системе образования — например, теперь нужно изучать технологию подачи исков, знать способы программного разбора материалов, ведения слушаний, управления документами.

Такие спецкурсы созданы в системе юридического образования в нескольких китайских университетах в рамках подготовки специалистов для интернет-суда. Существуют целые НИИ, которые занимаются вспомогательной системой рассмотрения уголовных дел, созданы системы рассмотрения гражданских и коммерческих споров, возникающих из отношений в сети Интернет. В области информатики у нас есть курс права в сфере информатики, который основан на соединении права и кибернетики. Таким образом, развитие технологий требует реформы юридического образования.

Левакин Игорь Вячеславович¹². Когда мы говорим о реформах, о юридических реформах прежде всего, то нужно понимать, что это только часть большого объема реформ, которые периодически в нашей стране пытаются

¹⁰ Вероятно, имеется в виду следующее высказывание Мао Цзэдуна: «Новодемократическая власть есть власть, руководимая рабочим классом, антиимпериалистическая и антифеодалная власть широких народных масс... Эти широкие народные массы образуют свое государство (Китайскую Народную Республику) и создают представляющее это государство правительство (Центральное правительство Китайской Народной Республики)» (цит. по: *Мао Цзэдун. Избр. произведения. В 5 т. Т. IV. Пекин: Изд-во литературы на иностранных языках, 1969. С. 226. (Примеч. ред.)*)

¹¹ Профессор, заместитель директора института Северо-западного университета политики и права КНР.

¹² Доктор юридических наук, профессор кафедры правовых основ управления Московского государственного института международных отношений (университета) МИД России.

проводить. Полагаю, что при проведении и оценке реформ верно было бы применять метод, который разработала в свое время Кембриджская школа политической мысли (К. Скиннер, Дж. Гревилл, Дж. Данн и др.): помещение неких процессов в тот или иной контекст¹³. Помещение юридических текстов в контекст политический, экономический или интертекстуальный и т. п. очень важно для понимания содержания правовых документов. Например, давайте рассмотрим Манифест 1905 г. и Основные законы Российской Империи в редакции от 23.04.1906 в историческом, социальном, идеологическом контексте. Я в рамках такого анализа ставлю перед собой три вопроса:

- 1) контекст событий, который привел к принятию правовых актов;
- 2) идеологическое содержание рассматриваемых документов;
- 3) причины провала императорской конституции 1905–1906 гг.

Манифест принимался в условиях усиления репрессивной политики, усиления полиции, расширения применения репрессивных мер на фоне роста революционных настроений в обществе вследствие поражения России в русско-японской войне. Таков был политический контекст. В части идеологического содержания Манифест был выдержан в великодержавном стиле, выражал заботу и печаль самодержца о народном благе, содержал опасения по поводу угроз целостности и единству державы, указывал на меры по охране «людей мирных». Николай II пытался продолжать разговор с обществом с позиций и на языке хозяина земли Русской, но уже не решался называть людей подданными, заменив данный термин эвфемизмом «население». Очевидно, что Манифест выражал интересы не всего населения. В тот период около 80 % граждан составляло крестьянство, которое не проявляло интереса к конституционным изменениям, хотя в целом запрос на изменения у них, несомненно, был.

Какие же идеологемы были закреплены в этих Основных государственных законах? По существу, император отказался от упоминания неограниченной монархии, тем не менее речь шла о самодержавии, и идеологии охранительства монархии явно доминировали в тексте этих законов. Функционирование Думы было обставлено различными оговорками о праве абсолютного вето императора, указном праве императора, царь оставался центром принятия решений. Идеологические символы государства остались прежними: гимн («Боже царя храни»), герб. В провале этой конституции вряд ли стоить винить только монарха и его ближайшее окружение, защищавшее интересы помещиков и государственной бюрократии. Многие обвиняют императора в том, что его ограниченность, неготовность к реформам привели к потере управления в стране. Скорее всего, я полагаю, общественный контекст не позволял провести эти реформы. Конституционная реформа была противоречивой: для либералов слишком консервативная, для консерваторов слишком либеральная, для революционеров неприемлемая. Не были решены вопросы экономические, национальный вопрос, вопрос войны и мира. Для юристов оставались неразрешенными проблемы верховенства прав и свобод.

Таким образом, внутренне противоречивые конституционные акты не могли наполнить архаичную форму правления новой легитимностью, которая была необходима для проведения буржуазных реформ в целях предотвращения революционного взрыва. Следовательно, нельзя игнорировать общеисторический контекст при оценке содержания нормативных актов и последствий их принятия и правоприменения. Можно сказать, что любое государство имеет конституцию в смысле его устройства. Соблазн назвать любой текст конституцией может привести нас к определенному греху утраты истинных конституционных ценностей и нанести вред, прежде всего, правосознанию.

Елена Владимировна Гриценко¹⁴. В современных условиях особо актуально говорить о том, чтобы вернуться к праву и оставаться в праве, потому что действительно право в настоящее время, мне кажется, остается на обочине, и пора поразмыслить над тем, какие шаги следует предпринять для того, чтобы преодолеть те вызовы, которые возникают перед правом сегодня. Текущая конституционная реформа задает новые правила для законодательных и судебных интерпретаций. Например, стоит рассмотреть законодательное развитие конституционных поправок в части единства системы публичной власти. Как именно законодатель пытается интерпретировать эти поправки и остается ли он в русле неизменных глав Конституции?

Для проведения анализа в первую очередь надо рассмотреть законы, связанные со статусом Государственного совета, определением системы публичной власти и других организационных элементов этой системы: в частности, это закон № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах РФ»¹⁵, это и закон «О федеральной территории „Сириус“»¹⁶ и, наконец, проект закона «Об общих принципах организации местного самоуправления»¹⁷, который в настоящее время обсуждается. Мне кажется важным, что в рамках шагов, сделанных законодателем, произошел перекокс в трактовке самого принципа единства системы публичной власти в сторону

¹³ См. подробнее: *Skinner Q.* Meaning and Understanding in the History of Ideas. History and Theory, 1969. Vol. 8. № 1. P. 3–53; *Skinner Q.* Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action. Political Theory, 1974. Vol. 2. № 3. P. 277–303.

¹⁴ Доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

¹⁵ Федеральный закон «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» от 21.12.2021 № 414-ФЗ (последняя редакция). Собрание законодательства РФ, 2021. № 52. Ч. I. Ст. 8973.

¹⁶ Федеральный закон «О федеральной территории „Сириус“» от 22.12.2020 № 437-ФЗ (последняя редакция). Собрание законодательства РФ, 2020. № 52. Ч. I. Ст. 8583.

¹⁷ Законопроект № 40361-8 «Об общих принципах организации местного самоуправления в единой системе публичной власти». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/40361-8> (дата обращения: 27.08.2022).

иерархического организационного единства системы с акцентом в сторону системы органов, в то время как ранее этот принцип интерпретировался иначе, в том числе Конституционным судом, а именно как *единство принципов* построения всех уровней публичной власти: принципов народовластия, демократической государственности, федерализма и местного самоуправления.

Это предполагает акцент не на органы, а на публично-правовые субъекты: федерацию, субъекты федерации и муниципальные образования. Если акцент делать только на органы, то мы тем самым существенным образом обедняем этот конституционный принцип. Даже название закона № 414-ФЗ не вполне точно соответствует его предмету. По крайней мере то же местное самоуправление (МСУ) фигурирует в достаточно сжатом виде, в контексте иерархического встраивания органов МСУ в систему. В этом законе вдруг появляются такие новеллы, которые, на мой взгляд, явно диссонируют со ст. 12 Конституции, например, в части определения того же статуса главы администрации как лица, замещающего и муниципальную должность, и должность государственную — субъекта РФ, а соответственно, высшее должностное лицо субъекта РФ как лицо, замещающее федеральную должность и должность субъекта РФ.

Такой подход наталкивает на мысли о проблемах реализации принципа федерализма, самостоятельности органов власти субъектов РФ, с одной стороны, и МСУ — с другой. Конечно, и принцип федерализма и принцип местного самоуправления крайне важны и являются важными ресурсами развития государства, так как централизация в современных условиях, мне видится, себя уже исчерпала. Тот самый социально-политический контекст, который обсуждали ранее, говорит о том, что есть необходимость в смещении акцента в сторону децентрализации и использования потенциала регионального и местного управления. Есть основания для того, чтобы решать определенные вопросы именно на местах. Например, ситуация пандемии во многом высветила эту проблему. Стало ясно, что в условиях ЧС невозможно всё решать из центра, что есть объективная потребность решения ряда вопросов на уровне субъектов РФ и на уровне местной власти возникает немало проблем. Само понимание федеральных территорий, как оно дано в новой редакции Конституции, предполагает разработку некоего рамочного закона о статусе этого образования, и такой закон не предполагал придания самостоятельного публично-правового статуса этим территориям.

В свое время Конституционный суд в своей трактовке соответствующего положения сказал, что оно не должно изменять принцип федеративного устройства. Значит, мы не можем создавать новые публично-правовые образования, которые находились бы на том же уровне, что и субъекты Федерации, но с некоторым усеченным форматом полномочий и компетенций. Тот подход, который сейчас предложен в качестве модельной истории на примере территории «Сириус», явно противоречит, как мне кажется, принципу федеративного устройства. Значит ли это, что и другие федеральные территории будут иметь такой же статус, как «Сириус»? Совсем нет. Остается простор для законодателя решать индивидуально этот вопрос и предлагать другие конструкции. Хотя мне виделось, что развитие идеи особых режимов было бы более перспективным и могло базироваться на основных принципах, которые остались неизменными в первой главе Конституции. По этому пути мы уже шли, и эти экспериментальные, особые режимы функционирования органов власти на территории субъектов уже были апробированы, начиная с наукоградов и заканчивая «Сколково», Арктической зоной и т. п.

Создание таких территорий не означало, что они получают какой-то новый публично-правовой статус. Те же наукограды остаются муниципальными образованиями. В «Сириусе» же происходит создание какой-то гибридной формы управления. С одной стороны, новая федеральная территория приобретает статус публично-правового субъекта и имеет возможность заключать договоры как с субъектом Федерации, так и городским округом Сочи, таким образом передавая свои региональные и муниципальные полномочия этим субъектам, разгружая себя с точки зрения властных полномочий, но с другой стороны, это самостоятельный субъект, имеющий свою систему органов и т. д. Мне кажется, это пока явно не решенный вопрос и в какой-то степени бомба замедленного действия для принципа федерализма.

Сяо Синьси¹⁸. В 2021 г. был введен в действие Гражданский кодекс Китайской Народной Республики. В общей сложности он включает в себя главы по основным направлениям гражданско-правового регулирования. Традиционные общие положения, которые содержит гражданское законодательство, содержатся в тезисной части ГК. В КНР до создания ГК была немного другая ситуация в исследованиях гражданского права, другая парадигма; прежде всего, основой являлось исследование теории законодательства, определенное внимание в которой отдавалось классовой борьбе. Со временем подход изменился и основной идеей стала идея о том, что необходимо надлежащим образом исполнять законы. Это изменение исследовательской парадигмы отражает теперь ГК. И собственно основной задачей после принятия ГК стало обеспечение его неукоснительного исполнения. Новая задача по имплементации данного ГК привела к изменению теоретического подхода в сторону юридической герменевтики, потому что основным вопросом правоприменения стало толкование права. Изначально исследования в этой области были сосредоточены на том, каким образом мы должны разработать надлежащий кодекс, а после этого фокус поменялся на то, каким образом обеспечить его соблюдение.

¹⁸ Доцент факультета гражданского и коммерческого права Северо-западного университета политики и права Китая.

Попондопуло Владимир Федорович¹⁹. Личные неимущественные права серьезно сейчас обсуждаются в цивилистической науке, в частности, в связи с их отражением в Гражданском кодексе. Напомню, что сегодня эти права зафиксированы в общей части ГК в нескольких статьях. Можно ли признать это регулирование удовлетворительным? На мой взгляд, нет, несмотря на то, что это, конечно, кодификация. Если обратиться к истории, то это вопрос не такой уж и новый. В советский период отсутствие полноценного раздела ГК о личных неимущественных правах объяснялось тем, что такие права в их ненарушенном состоянии не регулируются, а в случае их нарушения защищаются. Появлялись новые подходы и взгляды по этому вопросу, например Л. О. Красавчикова указывала, что эти отношения могут регулироваться законом и до момента их нарушения²⁰.

Можно подумать, что эта дискуссия в настоящее время утратила свое значение, поскольку личные неимущественные отношения включены теперь в предмет регулирования гражданского законодательства, причем вне зависимости от их связи с имущественными правами. На мой взгляд, отсутствие отдельной главы, посвященной регулированию личных неимущественных отношений, не соответствует современным потребностям и условиям. В современном мире личные неимущественные права, такие как право на жизнь, здоровье, личную свободу и др. приобретают первостепенное значение. Если в советские времена отсутствие регулирования этих отношений в рамках кодифицированного акта объяснялось незначительным удельным весом последних, то сейчас определенно появилась потребность в выделении в ГК отдельного раздела «Личное неимущественное право» наряду с другими его разделами. На мой взгляд, статус этого института на самом деле должен быть признан и преобразован в статус отрасли права²¹.

Личные неимущественные права регулируют личные неимущественные отношения, то есть частноправовые отношения, возникающие по поводу неимущественных прав, индивидуализирующих личность. Эти отношения основаны на равенстве, автономии воли и самостоятельности их участников. Признание другими лицами этих прав, индивидуализирующих их обладателя как личность, происходит посредством оценки социальных качеств личности. Взаимная оценка лиц как проявление метода регулирования частных отношений характерна не только для имущественных отношений, но и для оценки личности. На это обращали внимание еще в конце 80-х — начале 90-х гг. Например, Н. Д. Егоров в своей монографии прямо отмечал такое качество методов гражданского права, как взаимооценка, и распространял это качество и на личные неимущественные отношения²². Личные неимущественные отношения являются абсолютными, так как индивидуальные качества личности проявляются лишь в сравнении со всеми другими окружающими ее лицами.

Например, отношения возникают по поводу имени, чести, достоинства человека. Так, Робинзон Крузо не нуждался в сторонней оценке его личности, поскольку эти отношения возникают именно в обществе. Правовой формой таких отношений выступает регулятивное личное неимущественное правоотношение, в рамках которого реализуется личное неимущественное право, в соответствии с которым управомоченный субъект имеет право требовать от всех лиц воздерживаться от любых действий, препятствующих оценке его индивидуальных особенностей как личности. В содержимое этого права также входят полномочия владеть, пользоваться и распоряжаться соответствующим неимущественным благом в пределах, установленных законом. Например, в рамках договора коммерческой концессии возможно использование деловой репутации правообладателя. Учитывая абсолютность личных неимущественных прав, их первичность, полагаю, что главу, регулиющую данные отношения, стоит разместить сразу после разд. I ГК РФ «Общие положения» перед разд. II о вещных правах.

Такой подход уже находит закрепление в ряде стран, например в ГК Украины. Личные неимущественные права охраняются и защищаются, прежде всего, самими индивидами и лишь при необходимости эти индивиды обращаются к закону. Любые права образуются и реализуются в нормальном ненарушенном состоянии в рамках регулятивных правоотношений, когда поведение их участников соответствует требованиям закона. В случае их нарушения наступает аномальная стадия в развитии регулятивного правоотношения, оно преобразуется в правоохранительное правоотношение, результатом которого является подтверждение и признание права и его защита либо наоборот — неподтверждение и непризнание его.

Встает вопрос о структурировании соответствующего раздела, если все же включать его в ГК. Существует два основных подхода, которые заключаются в том, что этот раздел должен быть структурирован путем исчерпывающего перечня соответствующих прав (на этой точке зрения в свое время стоял С. Н. Братусь)²³ либо посредством их примерного перечня²⁴. Представляется правильным второй подход. Дело в том, что свобода проявления личности

¹⁹ Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

²⁰ См.: Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994. С. 11–13.

²¹ Подробнее см.: Попондопуло В. Ф. Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация. М.: Проспект, 2021. С. 288 и след.

²² См.: Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л.: Изд-во ЛГУ, 1988. С. 17.

²³ См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1963. С. 85.

²⁴ Одним из первых отечественных цивилистов, обосновавших указанный подход, был С. И. Аскиназий. См.: Аскиназий С. И. Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII Съезда ВКП(б) // Советская юстиция, 1939. № 14. С. 38–39.

предполагает возможность возникновения прав, не предусмотренных законом, и не должна определяться посредством закрытого законодательного перечня, то есть здесь нормативистский подход в этом случае неуместен. Свобода проявления личности должна ограничиваться пределами, установленными законом. То есть положения о том, что нельзя делать, как нельзя себя проявлять вовне, должны быть указаны законом, но все остальное должно быть оставлено на усмотрение правообладателя личных неимущественных прав.

Гао Фэнмэй²⁵. Если рассматривать вопрос преемственности и трансцендентности системы китайского гражданского права, то следует отметить, что она построена на основе ГК СССР. С точки зрения теории построения системы гражданского права предмет регулирования определяет структуру системы. Изначально, несмотря на то, что ГК РСФСР 1922 г. не содержал положений о предмете регулирования, можно было вывести его из ст. 3 от обратного, методом исключения, где были указаны отношения, которые не регулировало гражданское право. В 1950-х гг. в СССР начали активно обсуждать изменение подхода к определению объектов регулирования гражданского права. Позднее, в 1961 г., были опубликованы Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, где был определен предмет гражданско-правового регулирования — имущественные отношения, возникающие при использовании товаров и денег, а также связанные с имущественными личные неимущественные отношения.

Такие отношения осуществлялись на принципах равноправия и равенства. В 90-х гг. предмет регулирования составили имущественные отношения и личные неимущественные отношения²⁶. Под влиянием доктрины Советского Союза после создания КНР в 1949 г. велись дискуссии о предмете гражданско-правового регулирования. В центре внимания были вопросы характера имущественных отношений и вопрос о том, регулирует ли гражданское право поведение людей. После 1978 г. мы пришли к выводу, что таким образом могут регулироваться социальные отношения между людьми, и отличительная функция предмета гражданского права — его независимый статус. Мы отказались от буквального наследования идей СССР, которые брали свое начало в экономической теории, и расширили предмет гражданского права за счет личных отношений. Мы разработали собственную терминологию. Большое значение имеет ст. 2 ГК КНР, содержащая положения об общих принципах гражданского права, в том числе частноправовой характер отношений и относительная независимость гражданского общества от политической жизни государства. В Китае была сформулирована своя теория объекта гражданского права, в которой акцент сделан на межличностных отношениях. Важно, чтобы статус гражданского права отличался от экономического права.

Малютин Никита Сергеевич²⁷. Масштабная трансформация правопорядка, которая происходит в настоящее время, в целом заставляет нас задуматься о том, в каких направлениях пойдет реформа и к каким последствиям мы придем в рамках правового пространства. Особое внимание хочется уделить именно вопросам судебной сферы и сферы правосудия, так как, во-первых, мы наблюдаем с момента конституционной реформы 2020 г. правовую деконструкцию: многие правовые категории отмирают или начинают использоваться в несвойственной им форме.

Во-вторых, все-таки эта трансформация влияет не только на материально-правовые аспекты, но и на процессуальные, прежде всего конституционные процессуальные элементы (например, когда из всех процессуальных кодексов было исключено упоминание ЕСПЧ в рамках изменений законодательства в июне 2022 г.). Можно сказать, что это техническая поправка, но она привела к серьезным изменениям и требует глубокого переосмысления тех категорий, к которым мы привыкли за последние десятилетия.

В-третьих, после выхода из Европейской конвенции российский законодатель принял меры по усилению роли Конституционного суда, представив его в форме некоего аналога Европейского суда, и эту конструкцию тоже придется осмыслить. В этом контексте настало время говорить о самостоятельном направлении научных исследований в области так называемого судебного права, при этом надо делить это направление на два блока: право суда как право, создаваемое судом, и право о суде. Я хотел бы обозначить несколько проблем, которые не укладываются в нашу систему права, традиционно разделенную на отрасли, но могли бы, на мой взгляд, войти в канву судебного права. Например, мы должны обратиться к вопросу о том, какую роль занимает правотворчество в судебном процессе.

Мне кажется, что сегодня, когда Конституционный суд наделили неким аналогом статуса ЕСПЧ, проблема судебного правотворчества, возможно, выйдет на новый уровень и законодатель переосмыслит свои подходы в этом направлении. Другой важный момент, связанный с изменением структуры судов общей юрисдикции, состоит в том, что их экстерриториальность создает проблему обеспечения единообразия судебной практики. Проблема научно-теоретического сопровождения и категоризации судебной практики довольно важна, так как суды формулируют довольно интересные позиции и подходы в контексте происходящих изменений, но эти позиции теряются в количестве тех решений, которые суды выносят, не хватает системной проработки практики. Также можно выделить такую проблематику, как определение содержания такого правового явления, как правовая судебная позиция.

²⁵ Профессор Северо-западного университета политики и права Китая.

²⁶ См. ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой предмет гражданско-правового регулирования определяется как имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. (Примеч. ред.)

²⁷ Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова.

Можно вспомнить, что изначально в законе о Конституционном суде были нормы о правовой позиции, а законодатель поэтапно отказывался от закрепления данного правового явления в нормативных актах, но сейчас как раз возврат к такой системной и законодательной проработке этого понятия актуален, в том числе в рамках анализа аргументации решений высших судов, включая кассационные суды общей юрисдикции. Следующий момент, который можно отнести к проблемным в рамках судебного права, — это вопрос судебного преодоления правовых пробелов. Здесь большой потенциал судов, но мало внимания со стороны законодателя и научного сообщества, есть отдельные исследования по этому вопросу, но они не приобрели системный вид. Еще одна проблема — это процесс цифровизации правосудия не просто как некоего глобального явления, а именно в плане возможности вынесения решений, формулирования и обобщения правовых позиций и методологической обработки судебной практики, а также применение системного подхода к явлению судебного акта с точки зрения его общеправовых характеристик и оценки его обновленного правового статуса.

Обозначенные выше проблемы не просто образуют некое научное единство, которое можно назвать судебным правом, но дают повод задуматься о том, что эти вопросы требуют законодательной проработки и составляют задел для будущей судебной реформы, отдельные элементы которой мы сейчас наблюдаем. С выходом из Европейской конвенции по правам человека и отказом от признания подсудности ЕСПЧ открылось новое окно возможностей развития, поиска собственных векторов усиления международной интеграции в области правосудия с Евразийским судом, возможность формирования профильных учреждений на уровне СНГ. Мне кажется здесь небезынтесной возможность обсуждения идеи азиатского суда по правам человека.

Еще один важный вызов, который стоит сейчас перед судебной системой, — это расширение тенденции приватизации правосудия в частноправовой сфере. Здесь стоит говорить не только о развитии арбитражных форм разрешения споров, но и о досудебных механизмах, которые могли бы быть использованы: медиативные процедуры, процедуры примирения. Развитие данного направления могло бы разгрузить судебную систему и стать весьма эффективным способом разрешения споров и, самое главное, иметь позитивный эффект с точки зрения воспитания адекватного гражданского общества, которое могло бы взять на себя ответственность по развитию процессов урегулирования конфликтов.

Чжан Ю Ин²⁸. Правовые реформы непрерывно изменяют всю систему регулирования на протяжении всего периода проведения политики реформ открытости в Китае. Два основных фактора, которые необходимо учитывать при проведении реформ, — это движущие силы, стимулы реформ и их цель. Цели — это наши ожидания от реформ. Только если у нас есть верная цель, мы можем эффективно применять законы и достичь хороших результатов реформ. Точное определение цели реформ является гарантией того, что желаемые результаты будут достигнуты. Работе по целеполаганию Китай отдает приоритетное значение. На последнем этапе реформ в Китае были поставлены цели создания правовой социалистической системы с китайской спецификой, соблюдение закона и неизбежность наказания.

Почему Китай достиг таких успехов в целеполагании? Первая причина состоит в том, что Китай всегда исходил из существующих реалий в своей стране. На разных этапах проведения реформ цели были разными. Была создана основа для соответствующего исполнения надлежащих законов. Вторая причина в том, что Китай всегда использовал верные теории для целеполагания при проведении реформ. Например, теория марксизма в сочетании с китайскими реалиями. Социализм с китайской спецификой и правовая теория по его созданию не являются неизменными. Китай честно отвечает на вопросы о том, чего он хочет достичь. При этом главной целью реформ является человек, так как цель изменений состоит в удовлетворении потребности в справедливости и равенстве всех перед законом. Движущей силой реформ также является человек. Чтобы народ лучше понимал суть реформ, мы проводим специальные мероприятия по популяризации правового знания, внедряем в школах программы в области правоведения и достигли в этом значительных успехов.

Ескина Людмила Борисовна²⁹. Осознание процесса реформирования, когда общество выступает как активный субъект, пытающийся что-то изменить в своей структуре, качестве, движении, — это предмет науки. Мы не много говорим о таких понятиях реформы, как цель, готовность общества к реформе, понимание реформы, а все это имеет большое значение. Например, в части готовности общества: была ли готова Россия к реформе, которая началась в 1917 г.? Понимал ли народ, что происходит и какая цель происходящих изменений? Нет. Также в рамках процесса проведения реформы возникает вопрос об управлении ею: кто ее инициирует, кто начинает и кто ею руководит? Удачными реформами мы считаем реформу Петра I, который долго старался ею управлять самостоятельно и держать под контролем. А контролируются ли реформы, которые проводятся сейчас? Непонятно. Вопрос о цели реформ имеет первостепенное значение. Чего мы хотим достичь, добиться?

Если с этих позиций (цели, контроля и готовности к реформе) проанализировать конституционную реформу 2020 г., то получается, что осмысляем мы ее по ходу проведения и иногда отдельные вопросы развиваются в неожиданном направлении. Например, в результате внесения поправок в Конституцию, на мой взгляд, получился симбиоз

²⁸ Профессор факультета экономического права Северо-Западного университета политики и права.

²⁹ Доктор юридических наук, профессор Северо-Западного института управления РАНХиГС.

текстов разных конституционных моделей: одна — это конституция европейских государств, которые вступили на путь конституционного развития в XVII в. и до сих пор пытаются идти по этому пути. Но западное общество созрело для этой конституции, основная цель которой была в ограничении публичной власти. Мы в 1993 г. пытались внедрить у нас смысловую основу такой конституции, и соответствующие нормы были закреплены в первых двух главах Конституции. Но общество было явно к этому не готово, люди не понимали содержание Конституции. Общество стало отторгать ее, возвращаться к привычной советской модели конституции, которая возникла тогда, когда Россия не была готова к конституционной реформе, и в начале XX в. модель конституции была создана такая, которая устраивала людей, находящихся у власти.

Специалисты, оценивая текст Конституции РСФСР 1918 г., говорят, что это вообще была не конституция, так как она воплощала не право, а принципы гражданской войны. Советская конституция, по сути, создала другой предмет конституционного регулирования и другие принципы. Разница между советской и западной моделью конституции в том, что на Западе конституция выросла из реальных отношений, до которых общество созрело. Советская конституция — наоборот. Предметом регулирования западной конституции являются отношения по осуществлению публичной власти в обществе, и ее задачей было поставить власть в определенные правовые рамки. В советской конституционной модели предмет регулирования — это любые, самые общие отношения, то есть четко предмет регулирования не определен, границ нет. В результате в конституционный текст попали вопросы и экономики, и идеологии, и культуры, и науки, и т. п. При этом советская конституция не смогла быть правовым ограничителем власти, она пошла по пути составления конституционного текста как программы развития общества, декларации о намерениях, что повлекло использование соответствующих формулировок.

Советская конституция расширила свой предмет до уровня общества в целом, могла любой вопрос регулировать. В результате такая конституция теряет свой правовой потенциал, перестает быть правовым ограничителем, а становится программой, декларацией — теряет ее высшая юридическая сила и обязательность. В результате внесенных поправок в 2020 г. мы также расширили предмет конституционного регулирования до необъятных размеров, вернувшись к конструкции советской модели конституции. Возможно, это связано с тем, что наше общество на сегодня имеет еще переходный характер, противоречия в обществе отражаются в противоречивых положениях Конституции.

Разуваев Николай Викторович³⁰. В последние десятилетия российское общество переживает смену парадигм, что в значительной степени предопределяет смену концептуальных представлений о том, что есть право, правопорядок, что представляет собой государство. В научной литературе постепенно утверждается идея, обоснованная многочисленными фактическими доказательствами, что феномены государства, права, законов и т. п. не являются вневременными понятиями, сущность перечисленных явлений изменяется от эпохи к эпохе, приобретая иные формы и внешние проявления на различных стадиях эволюции.

Так, современное доктринальное понимание права как иерархической системы правил поведения, норм, установленных государством и имеющих общеобязательный характер, неприменимо, допустим, к римскому праву, в котором нормы, как общие правила поведения, были сравнительно немногочисленными, а основным средством регулирования являлись субъективные права и обязанности индивидов, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в контексте конкретных фактических ситуаций, неотделимых от этих прав и обязанностей. Иными словами, рассматривая эволюцию права в широкой исторической ретроспективе, можно обозначить как минимум два исторических типа правовой организации общества, во многом противоположно друг от друга отличающихся, а именно: традиционные (досовременные) правопорядки, одним из наиболее характерных примеров которых является римское частное право, и современные правовые системы, основанные на принципе формально-логической иерархии, доведенном до предельного своего выражения в рамках правовых систем романо-германской (континентальной) семьи³¹. Переход от одного культурно-исторического типа к другому стал, на наш взгляд, частным результатом глобальных трансформаций общества в целом, проявивших себя не только в правовой, но и в социокультурной, политической, экономической и иных областях. Естественно, в различных цивилизационных контекстах эти трансформации происходили различными темпами, но сам по себе процесс модернизации имел универсальный характер.

И в свете сказанного мы должны, наверное, изменить или критически переосмыслить наши представления о том, что собой представляют реформы, по крайней мере реформы правопорядка и взаимосвязанные с ними реформы государственной и политической системы, государственного устройства. Всякий раз говоря о том, что собой представляет реформа, нужно отдавать себе отчет, что данное явление приобретает смысл в историческом контексте, а чаще всего понятие реформ, в том числе и юристами, употребляется достаточно некритично: принятие нового законодательства — реформирование, изменение действующего — реформирование, кодификация разрозненных правовых норм также подводится под категорию реформ. Если так рассуждать, то тогда придется признать, что любое изменение правопорядка, в том числе и в плане внешнего законодательного выражения, представляет собой реформу.

³⁰ Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и гражданского права Северо-Западного института управления РАНХиГС, главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция».

³¹ См. подробнее: *Арановский К. В., Князев С. Д.* Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М.: Проспект, 2016.

Между тем имеет смысл рассматривать реформы как определенный стимул, движущую силу эволюции правопорядка в широком историческом смысле. Также надо понимать, что данный механизм начинает работать на сравнительно поздних стадиях исторического развития. Мне представляется, что проблема реформирования правопорядка как такового тесно связана с модернизацией общественной, политической системы, формированием правовой системы, что, как уже было отмечено, происходит на определенном этапе развития правопорядка.

Например, отсчет этапов реформирования правопорядка России следует, по-видимому, вести с эпохи Петра I, когда собственно и происходит формирование системы российского права, которая получила формальное закрепление в Своде законов Российской империи 1832 г., основанном, в свою очередь, на Соборном уложении 1649 г., петровском и послепетровском законодательстве. Мощным импульсом к развитию российской правовой системы стали Великие реформы 1860–1870-х гг. и законодательство Александра II. В начале XX в. реформирование правопорядка способствует развитию отраслей права и отраслевой кодификации, что служит показателем достаточно радикальной трансформации правовой системы. Реформы и контрреформы зачастую сменяют друг друга в истории любого правопорядка. Иными словами, механизм реформирования права самым непосредственным образом связан с модернизационными процессами и является движущей силой этих процессов.

Майборода Виктор Александрович³². Что касается федеральной территории, это новый правовой феномен. Ее необходимо рассматривать с точки зрения природы публичной власти. Общая концепция публичной власти объединила в себе государственные и муниципальные органы в единую систему. Власть вообще разъединена у нас на три ветви: судебную, законодательную и исполнительную. Удастся ли в результате принятых изменений законов связать все три ветви власти, объединить государственные и муниципальные полномочия в единых органах публичной власти федеральной территории? Нет. Судебная власть отсутствует на муниципальном уровне.

Таким образом получаем оксюморон. Единство органов публичной власти, но в нем отсутствует третья ветвь. В этой связи именно доктринальное осмысление и позволяет стать на позицию того, является ли необходимым и достаточным на сегодняшний день в формировании особенностей органов публичной власти федеральной территории следовать ортодоксальной доктрине деления власти на три ветви или возможно применительно к формированию особенностей публичной власти федеральной территории использовать подход, реализованный в отношении территории «Сириус», где присутствует исполнительный и представительско-распорядительный орган, но других органов власти нет.

Вероятнее всего, следующая территория, которая может получить статус федеральной, — это часть Приморского края, где сейчас имеется нагромождение правовых режимов, так называемых экспериментальных, или специальных, согласно терминологии законодательства. Создано около 60 территорий опережающего развития, один инновационно-технический центр, при этом управление территорией осуществляет управляющая компания, которой тоже делегированы публично-правовые полномочия в части управления территориями и развитием Дальневосточной и Арктической зон. Этот конгломерат органов управления в дополнение к традиционным федеральным, региональным и местным органам и специально созданным Министерством по развитию Дальнего Востока предполагает развитие этой концепции организации властных органов. Необходимо отметить, что институт федеральной территории является заимствованным в российском праве.

На сегодня, как мне известно, в мире 27 федераций и 17 из них имеют федеральные территории. Исторически данный институт стал появляться в рамках борьбы с колониальной зависимостью. В XX в. применение этого института было расширено. Например, республики Индия, Пакистан, Бразилия, ряд иных государств реализовали институт федеральной территории для решения неких специальных задач. В Бразилии такой специальной задачей было освоение континентальной территории. Применительно к Индии, являющейся полиэтничным, поликонфессиональным государством, федеральные территории создавались для удержания в балансе федеративного управления, когда органы власти такой территории находились напрямую в подчинении федерального правительства. В США также существуют федеральные территории: не только округ Колумбия, но и те территории, которые присоединились к Штатам после их создания. Эти территории проходят стадию включения в состав государства США через статус федеральных территорий. Самый яркий пример — Пуэрто-Рико, которое много раз выражало намерение войти в состав США в качестве штата и было признано решением Верховного суда США в качестве государства, свободно ассоциированного с США, жителям которого предоставляется американское гражданство.

Совокупность таких примеров, когда институт федеральной территории использовался для решения специальных задач, позволяет применить этот опыт создания территорий, которые не являются субъектами РФ, в отношении территорий, которые ставят вопрос о включении их в состав РФ. Федеральная территория вполне может включать в себя акватории РФ. Нуждаются также в доработке вопросы легитимности представительного органа власти на такой территории. В той форме, в какой он предлагается к созданию на территории «Сириус», то есть состоящий в большей части из делегированных от других государственных органов власти представителей, он нуждается в компенсационной легитимности, поскольку делегирование полномочий в предложенном варианте осуществляется не только непосредственно источником власти (многонациональным народом), но и иными лицами (другими государственными и муниципальными органами власти), не имеющими сопоставимой легитимности.

³² Кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления РАНХиГС.

Литература

1. *Арановский К. В.* Государственное право зарубежных стран. Изд. 3-е, испр. и доп. М.: Форум — ИНФРА-М, 2008.
2. *Арановский К. В., Князев С. Д.* Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М.: Проспект, 2016.
3. *Аскиназий С. И.* Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII Съезда ВКП(б). Советская юстиция, 1939. № 14. С. 38–39.
4. *Бек У.* Общество риска: на пути к другому модерну. М.: Прогресс-Традиция, 2000.
5. *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1963.
6. *Данилевский Н. Я.* Россия и Европа. М.: Книга, 1991.
7. *Егоров Н. Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л.: Изд-во ЛГУ, 1988.
8. *Красавчикова Л. О.* Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994.
9. *Кутафин О. Е.* Российский конституционализм. М.: Норма, 2008.
10. *Маклюэн М.* Галактика Гутенберга: становление человека печатающего. Изд. 3-е. М.: Академический проект, 2015.
11. *Мао Цзэдун.* Избранные произведения. В 5 т. Т. 4. Пекин: Изд-во литературы на иностранных языках, 1969.
12. *Попондопуло В. Ф.* Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация. М.: Проспект, 2021.
13. *Skinner Q.* Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action. *Political Theory*, 1974. Vol. 2. No. 3. P. 277–303.
14. *Skinner Q.* Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory*, 1969. Vol. 8. No. 1. P. 3–53.

References

1. Aranovsky, K. V. State Law of Foreign Countries [Gosudarstvennoe pravo zarubezhnykh stran]. Ed. 3rd, rev. and add. M.: Forum – INFRA-M, 2008. (In Rus.)
2. Aranovsky, K. V., Knyazev, S. D. The Board of Law and the Legal State in the Correlation of Signs and Meanings [Pravlenie prava i pravovoe gosudarstvo v sootnoshenii znakov i znacheniy]. M.: Prospekt, 2016. (In Rus.)
3. Askinaziy, S. I. The Main Issues of the Civil Code of the USSR in the Light of the Decisions of the XVIII Congress of the CPSU (B) [Osnovnye voprosy Grazhdanskogo kodeksa SSSR v svete resheniy XVIII S"ezda VKP(b)]. Soviet Justice [Sovetskaya yustitsiya], 1939. No. 14. P. 38–39. (In Rus.)
4. Beck, U. Risk Society: On the Way to Another Modernity [Obshchestvo riska: na puti k drugomu modernu]. Moscow: Progress-Tradition, 2000. (In Rus.)
5. Bratus, S. N. Subject and System of Soviet Civil Law [Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava]. M.: State Publishing House of Legal Literature, 1963. (In Rus.)
6. Danilevsky, N. Ya. Russia and Europe [Rossiya i Evropa]. M.: Book, 1991. (In Rus.)
7. Egorov, N. D. Civil Law Regulation of Public Relations: Unity and Differentiation [Grazhdansko-pravovoe regulirovanie obshchestvennykh otnosheniy: edinstvo i differentsiatsiya]. L.: Publishing house of Leningrad State University, 1988. (In Rus.)
8. Krasavchikova, L. O. The Concept and System of Personal, Non-Property Rights of Citizens (Individuals) in the Civil Law of the Russian Federation [Ponyatie i sistema lichnykh, ne svyazannykh s imushchestvennymi prav grazhdan (fizicheskikh lits) v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii]. Abstract diss. ... of doctor of juridical sciences. Yekaterinburg, 1994. (In Rus.)
9. Kutafin, O. E. Russian constitutionalism [Rossiyskiy konstitutsionalizm]. M.: Norma, 2008. (In Rus.)
10. Maklyuen, M. The Gutenberg Galaxy: The Making of the Typing Man [Galaktika Gutenberga: Stanovlenie cheloveka pechatayushchego]. Ed. 3rd. Moscow: Academic Project, 2015. (In Rus.)
11. Mao Zedong. Selected Works [Izbrannye proizvedeniya]. In 5 vols. T. 4. Beijing: Publishing House of Literature in Foreign Languages, 1969. (In Rus.)
12. Popondopulo, V. F. Human Activity: Legal Forms of Implementation and Public Organization [Chelovecheskaya deyatel'nost': Pravovye formy osushchestvleniya i publichnaya organizatsiya]. M.: Prospect, 2021. (In Rus.)
13. Skinner, Q. Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action. *Political Theory*, 1974. Vol. 2. No. 3. P. 277–303.
14. Skinner, Q. Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory*, 1969. Vol. 8. No. 1. P. 3–53.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2022. № 3 (13)

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 28.09.2022.

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

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

Объем данных 6,7 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