

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РФ
ИНСТИТУТ НАУЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ
ПО ОБЩЕСТВЕННЫМ НАУКАМ
(ИНИОН РАН)

СОЦИАЛЬНЫЕ
И
ГУМАНИТАРНЫЕ НАУКИ

ОТЕЧЕСТВЕННАЯ И ЗАРУБЕЖНАЯ
ЛИТЕРАТУРА

ИНФОРМАЦИОННО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

СЕРИЯ 4

**ГОСУДАРСТВО
И
ПРАВО
2021 – 2**

Издается с 1974 года
Выходит 4 раза в год
Индекс серии 2.4

МОСКВА 2021

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.02.00

Учредитель
Институт научной информации
по общественным наукам
Российской академии наук

Центр социальных научно-информационных исследований

Отдел правоведения

Редакционная коллегия серии «Государство и право»:

Е.В. Алферова – гл. ред., канд. юрид. наук (ИНИОН РАН), *Е.Г. Афанасьева* – зам. гл. ред., канд. юрид. наук, доцент (МГУ им. М.В. Ломоносова, ИНИОН РАН), *Г.Н. Андреева*. – канд. юрид. наук, доцент (ИНИОН РАН), *Л.В. Андриченко* – д-р юрид. наук, профессор (ИЗиСП при Правительстве РФ), *О.Л. Дубовик* – д-р юрид. наук (ИГП РАН), *Д.В. Ефременко* – д-р полит. наук (ИНИОН РАН), *С.И. Коданева* – канд. юрид. наук (ИНИОН РАН), *Н.В. Кравчук* – канд. юрид. наук (ИНИОН РАН), *Д.В. Красиков* – канд. юрид. наук, доцент (СПЮА), *Д.А. Ловцов* – д-р техн. наук, профессор ((ИТМ и ВТ им. С.А. Лебедева РАН, РГУП), *Т.Г. Морщакова* – д-р юрид. наук, профессор (НИУ ВШЭ), *Ю.С. Пивоваров* – академик РАН (ИНИОН РАН), *Умнова-Конюхова* – д-р юрид. наук, профессор (РГУП).

Информационно-аналитический журнал «Социальные и гуманитарные науки: Отечественная и зарубежная литература». Серия 4: «Государство и право» = Information and analytical journal «Social Sciences and Humanities: Domestic and Foreign Literature». Series 4: «State and law».

Включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)

ISSN 2219-861X

© «Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право», информационно-аналитический журнал, 2021

© ФГБУН «Институт научной информации по общественным наукам Российской академии наук», 2021

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕМА НОМЕРА КОНСТИТУЦИОННЫЕ РЕФОРМЫ, КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ И ПОПУЛИЗМ

<i>Умнова-Конюхова И.А.</i> Развитие Конституции Российской Федерации 1993 г.: Конституционные преобразования, реформа или трансформация конституционного строя? (Статья)	9
<i>Молокаева О.Х.</i> Пути совершенствования конфигурации публичной власти в Российской Федерации в свете конституционной реформы. (Обзор)	27
<i>Коданева С.И.</i> Популистский конституционализм: Новое явление или ответ на кризис либерального конституционализма? (Статья)	37
<i>Скурко Е.В.</i> «Лицо» популизма: Политическое и юридическое измерения. (Обзор)	54
<i>Алферова Е.В.</i> Популизм как современный вызов демократическому конституционализму. (Обзор)	64
<i>Захаров Т.В.</i> Диалектика демократии и авторитарный конституционализм. (Обзор)	75
<i>Красиков Д.В.</i> Уязвимость и сила права в эпоху популизма. (Обзор)	86
<i>Алешкова И.А.</i> Права человека в эпоху популизма. (Обзор)	97
<i>Умнова-Конюхова И.А.</i> Авторитет судов в эру популизма: Схватка вокруг глобального конституционализма и либеральной демократии. (Обзор)	106

ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>Четвернина А.В.</i> Понятие права, свобода и мораль в работах Герберта Харта (Классическая научная литература для юриста). (Обзор)	120
<i>Алферова Е.В.</i> Рецензия на книгу: Ершов В.В. Регулирование правоотношений	132
<i>Алешкова И.А.</i> Рецензия на книгу: Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России: в 12 т. Т. 1: Теоретико-методологические аспекты образования отраслей российского права / под общ. ред. Р.Л. Хачатурова	139

ИНФОРМАЦИОННОЕ И ЦИФРОВОЕ ПРАВО

<i>Скурко Е.В.</i> Электронное государство: Проблемы формирования «цифрового гражданина» и преодоления цифрового неравенства. (Обзор)	144
<i>Иванова А.П.</i> Реализации права на забвение в цифровую эпоху. (Обзор)	154
<i>Ранчорда С., Гоанта С.</i> Регуляторы современных городов: цифровые платформы и общественные ценности в умных городах и городах совместного потребления. (Реф. ст.)	163

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

<i>Лужина А.Н.</i> Эстония в гражданских правоотношениях. (Обзор)	166
<i>Крысанова Н.В.</i> Рецензия на книгу : Филиппова С.Ю. Юридические факты в гражданском праве. Часть 1: Правомерные юридические действия: гражданско-правовые проблемы классификации	176
<i>Кочеулов Ю.Ю.</i> Субсидиарная ответственность в Российской Федерации. (Реф. кн.)	181

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНОЛОГИЯ

- Алферова Е.В.* Судебные решения и судебные ошибки в уголовном судопроизводстве и средства правовой защиты от них. (Обзор) 186
- Ненависть в машине: Античерные и антимусульманские посты в социальных сетях как предсказатели офлайн-преступлений с расовыми и религиозными отягчающими обстоятельствами / Уильямс М.Л., Бернап П., Джавед А., Хань Лю, Озалп С. (Реф. ст.) 197

ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

- Майер Ф.* Европейский союз в 2030 г.: Предполагаемый взгляд назад на 2020-е. (Реф. ст.) 202
- Кравчук Н.В.* Социальные права человека в Европейском союзе. (Обзор) 207
- Ейкен Х. ван.* Тъеббс в стране чудес: О европейском гражданстве, национальной принадлежности и основополагающих правах. (Реф. ст.) 215
- Алешкова И.А.* Рецензия на книгу: Энтин К.В. Право Европейского союза сквозь призму практики Суда Европейского союза 220

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Захаров Т.В.* К вопросу о руководящих принципах международной системы: Проблемы международного господства права. (Обзор) 225
- Сандхольтц В.* Возрождающийся авторитаризм и международное господство права. (Реф. ст.) 233
- Мартин Рубио А.Д.* Время создавать мировую конституцию? (Реферат) 238

CONTENTS

ISSUE THEME CONSTITUTIONAL REFORMS, CONSTITUTIONALISM AND POPULISM

<i>Umnova-Konyukhova I.A.</i> Development of the Constitution of the Russian Federation of 1993: Constitutional transformations, reform or transformation of the constitutional system? (Article)	9
<i>Molokaeva O.H.</i> Ways to improve the configuration of public power in the Russian Federation in the light of constitutional reform. (Review)	27
<i>Kodaneva S.I.</i> Populist constitutionalism: A new phenomenon or a response to the crisis of liberal constitutionalism? (Article)	37
<i>Skurko E.V.</i> The «Face» of populism: Political and legal dimensions (Review)	54
<i>Alferova E.V.</i> Populism as a modern challenge to democratic constitutionalism. (Review)	64
<i>Zakharov T.V.</i> Dialectics of democracy and authoritarian constitutionalism. (Review)	75
<i>Krasikov D.A.</i> Vulnerability and the power of law in the era of populism. (Review)	86
<i>Aleshkova I.A.</i> Human rights in the age of populism. (Review)	97
<i>Umnova-Konyukhova I.A.</i> The authority of the courts in the era of populism: The battle around global constitutionalism and liberal democracy. (Review)	106

THEORY OF LAW

<i>Chetvernina A.V.</i> The concept of law, freedom and morality in the works of Herbert Hart (Classical scientific literature for the lawyer). (Review)	120
--	-----

<i>Alferova E.V.</i> Book review: Yershov V.V. Regulation of legal relations: monograph	132
<i>Aleshkova I.A.</i> Book review: Formation and development of branches of law in the historical and modern legal reality of Russia. Vol. 1: Theoretical and methodological aspects of the formation of branches of Russian law / ed. by R.L. Khachaturov	139

INFORMATION AND DIGITAL LAW

<i>Skurko E.V.</i> Electronic state: Problems of forming a «digital citizen» and overcoming digital inequality. (Review)	144
<i>Ivanova A.P.</i> Implementation of the right to oblivion in the digital age. (Review)	154
<i>Ranchordás S., Goanta C.</i> The new city regulators: Platform and public values in smart and sharing cities. (Article summary)	163

CIVIL LAW

<i>Luzhina A.N.</i> Estoppel in civil legal relations. (Review)	166
<i>Krysanova N.V.</i> Book review: Filippova S.Yu. Legal facts in civil law. Part 1: Lawful legal actions: Civil-legal problems of classification	176
<i>Kocheulov Yu.Yu.</i> Subsidiary liability in the russian federation. (Article summary)	181

CRIMINAL PROCEDURE. CRIMINOLOGY

<i>Alferova E.V.</i> Court decisions and judicial errors in criminal proceedings and remedies for them. (Review)	186
Hate in the machine: Anti-black and anti-muslim social media posts as predictors of offline racially and religiously aggravated crime / <i>Williams M.J.I., Burnap P., Javed A., Han Liu, Ozalp S.</i> (Article summary).....	197

LAW OF THE EUROPEAN UNION

<i>Mayer F.C.</i> The EU in 2030: an anticipated look back at the 2020s. (Article summary)	202
--	-----

<i>Kravchuk N.V.</i> Social Human Rights in the European Union. (Review)	207
<i>Eijken H. van.</i> Tjebbes in Wonderland: On european citizenship, nationality and fundamental rights. (Article summary)	215
<i>Aleshkova I.A.</i> Book review: Entin K.V. The law of the European Union through the prism of the practice of the Court of the European Union	220

INTERNATIONAL LAW

<i>Zakharov T.V.</i> On the guiding principles of the international system: Problems of the international rule of law. (Review).....	225
<i>Sandholtz W.</i> Resurgent authoritarianism and the international rule of law. (Article summary)	233
<i>Mártin Rubio Á.D.</i> ¿Es hora de crear una Constitución mundial? (Article summary)	238

ТЕМА НОМЕРА¹

КОНСТИТУЦИОННЫЕ РЕФОРМЫ, КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ И ПОПУЛИЗМ

УДК 342

DOI:10.31249/rgpravo/2021.02.01

**УМНОВА-КОНЮХОВА И.А.² РАЗВИТИЕ КОНСТИТУЦИИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ 1993 г.: КОНСТИТУЦИОН-
НЫЕ ПРЕОБРАЗОВАНИЯ, РЕФОРМА ИЛИ ТРАНСФОР-
МАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ? (Статья).**

Аннотация. В статье рассматриваются развитие Конституции РФ 1993 г. и ключевые понятия, определяющие три базовых уровня изменения содержания конституционного строя: конституционные преобразо-

¹ Уважаемые читатели, приводим образцы сносок на обзоры, рецензии и рефераты для цитирования публикаций данного журнала:

Красиков Д.В. Уязвимость и сила права в эпоху популизма. (Обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 2. – С. ... DOI:...

Алешкова И.А. [Рецензия] // Социальные и гуманитарные науки: Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 2. – С. ... Рец. на кн.: Энтин К.В. Право Европейского союза сквозь призму практики суда Европейского союза. – М.: Статус, 2020. – 324 с. – DOI:...

Андреева Г.Н. [Реферат] // Социальные и гуманитарные науки: Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 2. – С. ... Реф. ст.: MÁRTIN RUBIO Á.D. ¿Es hora de crear una Constitución mundial? // La razón histórica. Revista hispenoamericana de historia de las ideas. – Murcia, 2020. – N 46. – P. 77–83.

² *Умнова-Конюхова И.А.*, ведущий научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, руководитель направления конституционно-правовых исследований Центра исследований проблем правосудия Российского государственного университета правосудия (РГУП), доктор юридических наук, профессор.

вания, конституционная реформа, конституционная трансформация. Дается оценка поправкам в Конституцию РФ 2008, 2014 и 2020 гг.

Ключевые слова: Конституция РФ 1993 г.; конституционный строй; конституционные преобразования; конституционная реформа; конституционная трансформация; поправки в Конституцию РФ.

UMNOVA-KONYUKHOVA I.A. Development of the Constitution of the Russian Federation of 1993: Constitutional transformations, reform or transformation of the constitutional system? (Article).

Abstract. The article examines the development of the Constitution of the Russian Federation in 1993 and the key concepts that define the three basic levels of changing the content of the constitutional system: constitutional transformations, constitutional reform, and constitutional transformation. The amendments to the Constitution of the Russian Federation of 2008, 2014 and 2020 are evaluated.

Keywords: Constitution of the Russian Federation of 1993; constitutional system; constitutional changes; constitutional reform; constitutional transformation; amendments to the Constitution of the Russian Federation

Внесение в 2020 г. многочисленных и разноплановых поправок в Конституцию РФ¹ послужило импульсом для разнообразных дискуссий по вопросам конституционных изменений.

В теории конституционного права используются различные термины, касающиеся оценки уровня конституционного развития. Наряду с такими традиционными понятиями, как «конституционные поправки», «изменения и дополнения в конституцию», дающими формально-юридическую характеристику конституционного развития, ученые стали часто использовать такие понятия, как «конституционные преобразования», «конституционная модернизация», «конституционная модификация», «конституционная реформа», «конституционная трансформация» и пр.

Большинство из этих относительно новых конституционных терминов носят сущностный характер и касаются качественных характеристик конституционного строя. Представляется важным выде-

¹ См.: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

лить ключевые понятия, отражающие три базовых уровня изменения содержания конституционного строя: конституционные преобразования, конституционная реформа, конституционная трансформация.

«Конституционные преобразования» касаются изменений конституционного строя, развивающих содержание отдельных институтов конституционного строя.

Как известно, категория «преобразование конституции» давно используется в правовой науке. Она была введена в научный оборот и исследована на рубеже XIX–XX вв. немецким государствоведом Г. Еллинеком, понимавшим под «преобразованием» конституции «те изменения, которые оставляют ее текст в прежнем виде и вызываются фактами, не связанными непременно с намерением произвести такое изменение, или с сознанием, что последнее обязательно произойдет»¹. Возможность нетекстуальных изменений конституции признавалась в российской юридической науке дореволюционного² и советского периодов³.

Применительно к действующей российской Конституции исследуемый феномен воспринимается в научной среде неоднозначно. В первое десятилетие действия Конституции РФ 1993 г. некоторые из наиболее авторитетных конституционалистов посчитали мнения об уже происходящем «преобразовании» конституции как спорные⁴ или неверные в принципе⁵. Другие, напротив, полагали, что оптимальным вариантом развития Конституции РФ в современных условиях выступает именно «преобразование»⁶.

¹ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования / пер. с нем. Б.А. Кистяковского. – СПб., 1907. – С. 5.

² См.: Ивановский В.В. Учебник государственного права. – Казань, 1909. – С. 156–157.

³ См.: Понтович Э.Э. О правах органов Союза и союзных республик в области законодательства // Право и жизнь. – 1927. – № 5. – С. 4; Киреев В.В. Теоретические проблемы реформирования Конституции Российской Федерации. – Челябинск, 2008. – С. 12–14.

⁴ См.: Лукьянов А.И. Раздумья о конституции // Конституция как символ эпохи : в 2 т. / под ред. С.А. Авакьяна. – М., 2004. – Т. 1. – С. 41.

⁵ См.: Авакян С.А. Проблемы реформы конституции // Российский конституционализм: проблемы и решения : Материалы междунар. конф. – М., 1999. – С. 74–75.

⁶ См.: Митюков М.А. О преобразовании Конституции Российской Федерации // Право и власть. – 2001. – № 1. – С. 105–112.

В дальнейшем все большее число конституционалистов стали выступать за признание «преобразования» Конституции РФ как способа ее совершенствования. Сторонниками такого подхода обосновывается необходимость максимального использования, заложенного в действующей Конституции РФ потенциала и, как следствие этого, обеспечения стабильности всей правовой системы государства. Учитывая формально-юридические недостатки Конституции РФ и изменения общественно-политической ситуации в стране со времени ее принятия, по их мнению, наиболее правильным и спокойным вариантом является не радикальное либо частичное реформирование российской Конституции, а ее постепенная и осторожная адаптация к велениям времени¹. Именно за такие изменения, приспособляющие Конституцию РФ к меняющимся реалиям, в том числе путем выявления Конституционным Судом РФ ее глубинного смысла, выступил В.Д. Зорькин в его известной статье в Российской газете «Буква и дух Конституции», опубликованной в октябре 2018 г.². Он предложил преодолевать конституционные дефекты через интерпретацию, путем «практического нормотворчества и правоприменения, позволяющего полнее раскрыть в тексте Конституции правовой смысл», а ведущую роль в этом процессе однозначно, по его мнению, играет Конституционный Суд РФ³. В.Д. Зорькин считает, что представления о том, что путем радикальной конституционной реформы можно развернуть ход событий в каком-то более правильном направлении, не просто поверхностны и недалководны, но и опасны, поскольку чреваты резкой социально-политической дестабилизацией⁴.

«Конституционная реформа» связана с более радикальными переменами, затрагивающими сущность и содержание определенной группы институтов конституционного строя в их системной взаимосвязи и определяющими новый вектор конституционного развития. Эти перемены подразумевают как поправки в действу-

¹ См.: Аничкин Е.С. Преобразование Конституции Российской Федерации: Сущность и причины // Вестник Томск. гос. ун-та. – 2009. – № 323. – С. 202.

² См.: Зорькин В. Буква и дух Конституции // Российская газета. – 2018. – 10 окт.

³ Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке: Взгляд с Ильинки. – М. : Норма, 2007. – С. 27.

⁴ См.: Зорькин В. Буква и дух Конституции.

ющую конституцию, так и принятие новой конституции. Главный индикатор в данном случае – сущностное и содержательное изменение конституционного текста, позволяющее эволютивным путем усовершенствовать действующий конституционный строй.

Такое понимание соответствует позиции и других отечественных исследователей теоретических аспектов конституционной реформы, под которой ими понимается «важнейшее государственно правовое явление, представляющее собой совокупность правовых, организационных, политических мероприятий, проводимых с целью качественного изменения действующего или принятия нового Основного закона государства и на его основе – постоянного обновления всего законодательства в государстве и самого государства»¹. Конституционная реформа рассматривается как политико-правовой процесс полного или частичного изменения Конституции, основанный на социально-экономических, организационных, правовых и духовных предпосылках, влекущий соответствующие его содержанию изменения текущего законодательства и конституционализма².

«Конституционная трансформация» – это самый радикальный уровень конституционных изменений, предполагающий смену базисных индикаторов конституционного строя (форма правления, политико-правовой режим, тип государственного устройства и т.д.), меняющих его тип.

Как известно, Конституция РФ 1993 г. закрепила либерально-демократический тип конституционного строя. Произошла конституционная трансформация государственного строя советского социалистического типа в конституционный строй либерально-демократического типа, что выразилось в следующих конституционных изменениях:

– деидеологизация строя, закрепление новых принципов идеологического многообразия, политического плюрализма и многопартийности;

¹ Бутько Л.В. Конституционная реформа: Теоретико-правовой анализ : дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 1998. – С. 60.

² См.: Киреев В.В. Теоретические проблемы реформирования Конституции Российской Федерации. – Челябинск, 2008. – С. 22.

– гуманизация государственно-правовых институтов: права и свободы человека объявлены высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита – обязанностью Российского государства (ст. 2 Конституции РФ);

– декларирование новой концепции взаимоотношений государства, общества и человека: признание паритета государственных, общественных и личных интересов, взаимной ответственности государства и человека вместо приоритета государства и партийной идеологии, общественных интересов над личными;

– переход к рыночным отношениям в экономике, основанной на признании и защиты равным образом всех форм собственности (частной, государственной, муниципальной и иных), свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции и свободы экономической деятельности (ч. 1 и 2 ст. 8 Конституции РФ);

– признание принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10, 11 Конституции РФ), заменившего принцип демократического централизма и всевластия Советов;

– установление новой избирательной системы, построенной на принципах альтернативности при выдвижении кандидатов, состязательности выборов и активном участии различных партий в избирательном процессе;

– реорганизация федеративного устройства России, сочетающего принципы государственной целостности и единства государственной власти, с одной стороны, и конституционно-договорного разграничения предметов ведения и полномочий, равноправия субъектов РФ – с другой;

– учреждение института конституционного правосудия – Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов в субъектах РФ;

– признание и гарантирование Российским государством местного самоуправления (ст. 12 Конституции РФ);

– интеграция российского и международного права (ч. 4 ст. 15 ст. 17, ч. 3 ст. 46, ст. 79 Конституции РФ): общепризнанные принципы и нормы международного права определены частью российской правовой системы, обозначен приоритет международного договора над законом, закреплён принцип прямого действия

основных прав и свобод, общепризнанных в международном праве, закреплена возможность каждого в соответствии с международными договорами обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Особенностью Конституции РФ является высокий уровень ее бланкетности, паллиативности и энтропии, что предопределило доминирующую роль федеральных конституционных законов и федеральных законов в развитии российского конституционного строя. До 2008 г. Конституция РФ не подвергалась изменениям, а ее содержание уточнялось решениями Конституционного Суда РФ, хотя запрос на внесение конституционных поправок был очевиден.

Вопрос о необходимости совершенствования конституционного регулирования и внесения изменений и дополнений в Конституцию РФ занимает ведущее место среди активно обсуждаемых проблем. Мировой опыт свидетельствует о том, что совершенствование конституционного устройства государства в первые годы после принятия конституции – явление естественное и воспринимаемое как нормальный процесс адаптации новых конституционных положений к реальной жизни. Именно в первые годы соприкосновения с практикой применения конституционных норм выявляются упущения и изъяны, казалось бы, в «самых совершенных» конституциях. Например, из 27 поправок, внесенных в американскую Конституцию, десять – были внесены уже через три года после ее принятия. За ними с шестилетними промежутками последовали еще две поправки. В XX в. через пять лет после принятия Основного закона ФРГ начался процесс ее совершенствования, во Франции через два года после вступления в силу Конституции Пятой республики в нее были внесены существенные изменения. Аналогичные процессы происходят и с конституциями других государств.

За период действия Конституции РФ 1993 г. Государственная Дума Федерального Собрания РФ неоднократно вносила на рассмотрение Совета Федерации Федерального Собрания РФ поправки к этому Основному закону. Впервые это было осуществлено в конце работы Государственной Думы первого созыва, – в 1995 г. Тогда предложения были отклонены по причине отсут-

ствия федерального закона о поправках к гл. 3–8 Конституции РФ. На заседаниях Государственной Думы второго созыва поправки к Конституции РФ обсуждались дважды. Как известно, одна из этих поправок – о парламентских расследованиях – была даже принята в первом чтении, несмотря на бурные споры о необходимости ее принятия¹.

К концу 1999 г. в Государственной Думе накопилось около 40 поправок к Конституции РФ. Эти изменения касались укрепления баланса в системе разделения властей между Президентом РФ, Федеральным Собранием и Правительством РФ, совершенствования федеративного устройства России, местного самоуправления, судебной власти, системы и роли правоохранительных органов и других принципиальных вопросов, а также предложений о косметическом обновлении неудачных с точки зрения юридической техники конституционных норм.

Государственная Дума третьего созыва не проявила какой-либо значимой активности по изменению положений Конституции РФ. Аналогичная ситуация складывалась и в деятельности Государственной Думы четвертого созыва, что имело свое объяснение. В частности, значительно уменьшилось влияние левых фракций (особенно фракции коммунистов) в Государственной Думе, иницилирующих внесение изменений в Конституцию РФ. Многие спорные вопросы оказалось возможным решать путем толкования конституционных норм Конституционным Судом РФ, а также через принятие и совершенствование федеральных конституционных и федеральных законов. Определенную роль сыграла позиция Президента РФ В.В. Путина, высказанная в его посланиях Федеральному Собранию РФ 2000–2004 гг., в которых он выразил желание обеспечить стабильность действующей Конституции РФ и не подвергать ее какой-либо необоснованной ревизии или пересмотру². Президент РФ В.В. Путин специально подчеркнул в одной из сво-

¹ См.: Лукьянов А.И. Выступление на круглом столе // О первом этапе конституционной реформы в Российской Федерации : материалы круглого стола / Совет Федерации Федерального Собрания РФ. – 1999. – Вып. 10. – С. 31–32.

² См., напр.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «Какую Россию мы строим» // Рос. газета. – 2000. – 11 июля; Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «Не будет ни революций, ни контрреволюций» // Рос. газета. – 2001. – 4 апр.

их статей: «Ресурсы Конституции далеко не исчерпаны. И об этом должны хорошо помнить те, кто пытается спекулировать на теме возможных поправок к Основному закону»¹.

Устойчивая резистентность на конституционные поправки не соответствовала высокому уровню общественного запроса и экспертной заинтересованности в конституционных изменениях, способствующих решению острых проблем постконституционного развития.

Новый либерально-демократический идеал Конституции РФ уже в самом начале его реализации выявил немало проблем адаптации правового сознания и менталитета граждан страны к конституционным переменам.

В первые годы нового постконституционного развития возникло противостояние между федеральной законодательной властью, с одной стороны, и Президентом, Правительством РФ – с другой. Такая ситуация выразилась в немалом количестве запросов в Конституционный Суд РФ, направленных на уяснение конституционных форм и процедур взаимодействия российского парламента, главы Российского государства и российского Правительства. Аналогичные процессы наблюдались между органами законодательной (представительной) и исполнительной государственной власти субъектов РФ. Постепенно в России сформировалась модель сильного Президента РФ, его доминирования в политической системе власти, что в определенной мере вернуло к прежним дореволюционным и социалистическим традициям концентрации власти в руках главы государства и его ближайшего окружения.

Отказ от принципа демократического централизма и внедрение элементов федеративного устройства и местного самоуправления не обеспечили, однако, в ожидаемой мере системность и эффективность государственности, значительно снизился уровень ответственности власти. Развитие федеративных отношений пошло не по пути реализации модели децентрализованного кооперативного федерализма (ст. 71, 72 и 73 Конституции РФ), а в направлении формирования централизованного федерализма, основанного на

¹ Путин В.В. Наш долг – бережно относиться к Конституции // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 4.

делегировании и деконцентрации власти на правилах, определяемых сверху.

Вхождение в отечественную экономику рыночных отношений в условиях отказа от системного регулирования экономического порядка, процессов приватизации и распределения прибыли государством привело к концентрации капитала в рамках ограниченного круга лиц, постепенному слиянию капитала и государственной власти. Нерегулируемый рынок вверг Россию в мировой цикл экономических кризисов, сделал ее уязвимой в банковской и финансовой сферах, зависимой от мировой экономики, создаваемой транснациональными корпорациями.

В условиях глобализации угроз и вызовов национальной безопасности, общественному порядку, правам и свободам человека в лице международного терроризма и экстремизма, угрозы «цветных революций», нарастания разрушительных последствий экономических и экологических кризисов, нового витка гонки вооружения, возникновения эпидемий и пандемий нового типа (в частности, COVID-19) и пр., в XXI столетии в России по инициативе главы Российского государства был взят курс на укрепление государственной целостности и безопасности, усиление роли федерального центра и исполнительной власти в управлении делами государства и общества. На фоне этих процессов весьма противоречиво стало развиваться законодательство, регулирующее формы непосредственной демократии. Содержание принципа народовластия, провозглашенного в ст. 3 Конституции РФ, было существенно ограничено поправками в федеральные законы о выборах и референдуме. В частности, ключевые вопросы государственной и общественной жизни были вычеркнуты из перечня предмета референдума. В бюллетенях для голосования на выборах была изъята графа «против всех».

Попытки Конституционного Суда РФ приспособить Конституцию РФ к политической конъюнктуре, в том числе снять определенные противоречия, восполнить пробелы и «дописать» смысл Конституции РФ не всегда отвечают запросам общества и людей. Многие предлагаемые пути конституционной интерпретации выглядят косметическими мерами и не позволяют затронуть глубинные проблемы конституционного развития. Так, в решениях, касающихся защиты конституционных прав и свобод, Конститу-

ционный Суд РФ нередко прибегает к применению принципов достоинства, справедливости (социальной справедливости), равноправия и недискриминации, однако итоговые выводы направлены лишь на устранение определенных несоответствий в несовершенной системе распределения ресурсов, благ и ответственности, порождающей существование таких маргинальных слоев населения как малоимущие, безработные, беспризорные, бездомные, проживающие в аварийных домах, в зонах экологического бедствия и пр.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ 2008 г. впервые были поставлены задачи конституционных преобразований. Глава Российского государства предложил расширить конституционные права Федерального Собрания, отнести к предметам ведения Государственной Думы контрольные функции в отношении исполнительной власти, установив конституционную обязанность Правительства РФ ежегодно отчитываться в Государственной Думе по итогам деятельности и по вопросам, поставленным непосредственно парламентом. Другое предложение касалось увеличения сроков конституционных полномочий Президента и Государственной Думы. Как отметил Президент РФ, эти вопросы, начиная с 1990-х годов, поднимались неоднократно и давно обсуждаются. При этом Президент подчеркнул, что речь идет не о конституционной реформе, а именно о корректировке Конституции, о действительно важных, но все же уточняющих поправках, не затрагивающих политическую и правовую сущность существующих институтов. «Они скорее дают необходимый дополнительный ресурс для их стабильного функционирования», – пояснил Президент РФ¹.

В целях реализации предложений главы государства законами РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ были внесены поправки в Конституцию РФ. В ведение Государственной Думы было отнесено (п. «в» ч. 1 ст. 103 Конституции РФ) заслушивание ежегодных отчетов Правительства РФ о результатах его деятельности, в том числе по вопросам, поставленным Государственной Думой. Срок полномочий Президента РФ был увеличен с четырех до шести лет (ч. 1 ст. 81 Конституции

¹ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 5 ноября 2008 г. // СПС КонсультантПлюс.

РФ). Государственная Дума в соответствии с новой редакцией Конституции РФ избирается не на четыре, а на пять лет (ч. 1 ст. 96 Конституции РФ).

Другие конституционные поправки коснулись судебной системы и прокуратуры. Закон РФ о поправке к Конституции РФ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ внес существенные изменения в гл. 7 и статьи других глав Конституции РФ. Поправки были направлены на реорганизацию судебной системы России в целях обеспечения единства подходов при отправлении правосудия. С этой целью был упразднен Высший Арбитражный Суд РФ, а его юрисдикция была передана Верховному Суду РФ. Следует отметить, что впервые идея объединения судов была озвучена В.В. Путиным 21 июня 2013 г. на Петербургском международном экономическом форуме. Конституционными поправками изменен также порядок назначения и освобождения от должности заместителей Генерального Прокурора РФ и иных прокуроров, в результате чего повышена роль Президента РФ в формировании прокурорских кадров. Согласно изменениям, прокуроры субъектов РФ назначаются на должность Президентом РФ по представлению Генерального прокурора РФ, согласованному с субъектами РФ, при этом прокуроры субъектов РФ освобождаются от должности Президентом РФ. Иные прокуроры, кроме прокуроров городов, районов и приравненных к ним прокуроров, назначаются и освобождаются от должности Президентом РФ.

Еще одна поправка, предусмотренная Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ «О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации», вступившим в силу со дня его официального опубликования 22 июля 2014 г. коснулась расширения состава верхней палаты российского парламента. Наряду с представителями от законодательного (представительного) и исполнительного органов государственной власти субъектов РФ поправками предусмотрено вхождение в Совет Федерации представителей Российской Федерации, назначаемых Президентом РФ, число которых составляет не более 10% от числа членов Совета Федерации – представителей от законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ.

Конституционные преобразования 2008 и 2014 гг. усилили властные полномочия главы Российского государства и парламента и выявили тенденцию реконфигурации системы власти в контексте реализации принципов федерализма и разделения властей.

Особое значение в конституционных переменах имеют конституционные изменения, одобренные в ходе общероссийского голосования и вступившие в силу 4 июля 2020 г. (Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»). Всего было принято 206 поправок по разным разделам Конституции РФ, касающихся как содержания текста, так и техники изложения: федеративное устройство – 51 поправка; Президент РФ – 19 поправок; Федеральное Собрание РФ – 33 поправки; Правительство РФ – 26 поправок; судебная власть и прокуратура – 23 поправки; местное самоуправление – 12 поправок; процедура общероссийского голосования и порядок вступления в силу – 33 поправки¹. Текст Конституции РФ заметно расширился, появились новые статьи (67.1, 75.1, 79.1, 91.2, 103.1), новые пункты и новые положения.

Поправки в Конституцию РФ затронули пять основных вопросов: оптимизация и стабилизация системы российской государственности; укрепление суверенной государственности; повышение ответственности публичной власти; расширение гарантий социальной защиты населения; определение приоритетов развития общества (экономика, социальная сфера, экология, информационное пространство, духовно-нравственные основы).

В целях оптимизации и стабилизации системы российской государственности в результате поправок были расширены парламентские полномочия в вопросах формирования и привлечения к ответственности Правительства и судебной власти; были доведены до логического завершения процессы дефедерализации вертикали власти и создания модели сильного института президентства на основе единоначалия.

Среди поправок, направленных на оптимизацию и стабилизацию системы власти, наиболее заметным стало создание центра-

¹ См.: Все изменения в Конституции РФ. – URL: <https://gogov.ru/articles/all-changes-constitution> (дата обращения: 12.02.2021).

лизованного автократического типа института Президента РФ как главы государства. В Конституции РФ, благодаря поправкам 2020 г., появились следующие конституционные новеллы:

– Президент РФ осуществляет общее руководство Правительством РФ, т.е. уточнен его статус как главы государства и главы исполнительной власти (п. «б» ст. 83);

– изменен порядок назначения федеральных министров: силовых министров назначает Президент РФ после консультаций с Советом Федерации, остальных – Государственная Дума по предложению Председателя Правительства РФ (п. «д. 1» ст. 83);

– расширился до трех перечень оснований для роспуска Государственной Думы по инициативе Президента РФ (ранее было два). Третье основание – «если после трехкратного отклонения Государственной Думой представленных Председателем Правительства РФ кандидатур в состав Правительства более одной трети должностей членов Правительства РФ (за исключением должностей федеральных министров, назначаемых Президентом РФ), остаются вакантными» (ст. 111, 112);

– Президент РФ назначает всех прокуроров (ранее Генерального прокурора РФ и его заместителей назначал Совет Федерации) (п. «е. 1» ст. 83);

– численность членов Совета Федерации (теперь сенаторов) изменилась: к представителям субъектов РФ были добавлены бывшие Президенты РФ (пожизненно); до 30 представителей Российской Федерации, назначаемых Президентом РФ, из которых не более семи могут быть назначены пожизненно. Представители Российской Федерации в Совете Федерации, за исключением представителей Российской Федерации, осуществляющих полномочия сенаторов Российской Федерации пожизненно, назначаются сроком на шесть лет (ст. 95);

– по представлению Президента РФ Совет Федерации наделен полномочием прекращать в соответствии с федеральным конституционным законом полномочия Председателя Конституционного Суда РФ, заместителя Председателя Конституционного Суда РФ и судей Конституционного Суда РФ, Председателя Верховного Суда РФ, заместителей Председателя Верховного Суда РФ и судей Верховного Суда РФ, председателей, заместителей председателей и судей кассационных и апелляционных судов в случае соверше-

ния ими поступка, порочащего честь и достоинство судьи, а также в иных предусмотренных федеральным конституционным законом случаях, свидетельствующих о невозможности осуществления судьей своих полномочий (решение принимает Совет Федерации) (п. «л» ст. 102).

Группа поправок коснулась новых функций, полномочий, ограничений в статусе и мер ответственности органов публичной власти. Президентом РФ можно быть теперь не более двух раз (изъяты слова «подряд» – ч. 3 ст. 81); члены Правительства РФ могут подавать в отставку по одному (раньше Конституция РФ предполагала только возможность уйти всем сразу – ст. 117); высшим должностным лицам, парламентариям и судьям запрещены иностранное гражданство, вид на жительство и счета в иностранных банках (ч. 3 ст. 77, ч. 5 ст. 78, ч. 2 ст. 81, ч. 4 ст. 95, ст. 97, п. «е» ч. 1 ст. 103, ч. 4 ст. 110, ст. 119, ст. 129), обозначились новые приоритеты в государственной политике Российской Федерации и субъектов РФ, в деятельности Президента и Правительства РФ (повышенный уровень защиты детства и семьи, поддержка государством культуры, этно-национальной идентичности, патриотизма, цифровое развитие, экологическая безопасность и пр. – (ст. 67.1, 68, 69, 71, 72, ст. 114).

Благодаря поправкам 2020 г. появились новые положения, касающиеся места России в международной системе, расширен перечень общепризнанных принципов внешнеполитической деятельности, конкретизированы гарантии государственного суверенитета и территориальной целостности. Российская Федерация провозглашена правопреемником и правопродолжателем СССР (ст. 67, 67.1, 68, 69, 79, 79.1 Конституции РФ).

В целях расширения гарантий социального государства внесены поправки о том, что в Российской Федерации государством обеспечивается минимальный размер оплаты труда не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации; формируется система пенсионного обеспечения граждан на основе принципов всеобщности, справедливости и солидарности поколений и поддерживается ее эффективное функционирование, а также осуществляется индексация пенсий не реже одного раза в год в порядке, установленном феде-

ральным законом; обеспечиваются социальная солидарность и социальное партнерство (ст. 75 и ст. 75.1 Конституции РФ).

В Конституции РФ появились также дополнительные гарантии национально-культурной самобытности и защиты общественной нравственности (положения «о сохранении памяти предков, передавших нам идеалы и веру в Бога (ст. 67.1); поддержка соотечественников, проживающих за рубежом, в осуществлении их прав, обеспечении защиты их интересов и сохранении общероссийской культурной идентичности (ст. 69, ч. 3); «брак – союз мужчины и женщины» (п. «ж. 1» ч. 1 ст. 72). Русский язык определен как язык государствообразующего народа, входящего в многонациональный союз равноправных народов Российской Федерации (ст. 68).

Многочисленные изменения 2020 г. в Конституцию РФ обусловили необходимость экспертной оценки уровня этих конституционных поправок. Некоторые конституционалисты в своих публикациях воспринимают произошедшее как конституционную реформу¹. Представляется, однако, что ответ на этот вопрос не может быть однозначным.

В части изменений, коснувшихся уточнения гарантий социального государства, национально-культурной самобытности и защиты общественной нравственности, характера международных связей, введения новых функций, полномочий и ограничений в статусе, а также мер ответственности органов и должностных лиц публичной власти в Российской Федерации, речь идет о конституционных преобразованиях. Данные положения лишь развивают те принципы, которые изначально были сформулированы в гл. 1 «Основы конституционного строя» Конституции РФ.

Конституционные нововведения, затронувшие вопросы федеративного государственного устройства, имели более радикальный характер и вовлекли Россию, по сути, в конституционную реформу федеративного устройства. Введение представителей Президента РФ в состав Совета Федерации, конституционализация

¹ См.: Скуратов Ю.И. Проблемы конституционной реформы в Российской Федерации и евразийский конституционализм // Современное право. – 2020. – № 6. – С. 12; Кряжков В.А. Как конституционная реформа 2020 года изменила Конституционный Суд Российской Федерации // Государство и право. – 2020. – № 9. – С. 18.

статуса Государственного Совета, новые кадровые полномочия Президента РФ и его полномочия по обращению в Конституционный Суд РФ по проверке конституционности законов субъектов РФ до их обнародования высшим должностным лицом (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти) субъекта РФ, введение понятий «федеральная территория» и «единая публичная власть», ликвидация конституционных, уставных судов субъектов РФ в связи с невключением их в систему судебной власти на конституционном уровне, несмотря на экспертные предложения¹, – все эти конституционные и затем законодательные изменения привели к преобразованию федеративной государственности в гибридную форму, где имеет место тесное сочетание унитарных и федеративных начал в российской модели государственного устройства при явном доминировании централистских начал.

Уточнение статуса Президента РФ в связи с поправками 2008, 2014 и 2020 гг. в целях расширения его конституционных полномочий дает основание утверждать о трансформации конституционного строя в части конституционного статуса главы Российского государства и его места в системе публичной власти. Создание централизованного авторитарного типа института президентства вступает в определенное противоречие с конституционным статусом Российской Федерации как демократического, правового государства с республиканской формой правления (ст. 1 Конституции РФ).

Конституционная трансформация произошла и в отношении статуса судов, уровень независимости которых был снижен настолько значительно, что возникает вопрос о сохранении данного ключевого принципа судебной системы Российской Федерации. Отдельное внимание эксперты обращают на трансформацию статуса Конституционного Суда РФ. Ими отмечается, что поправки затронули почти все его элементы: численный состав, компетенцию, порядок назначения на должность Председателя Суда и его заместителя, а также досрочного прекращения полномочий этих должностных лиц и конституционных судей (п. «е», «е. 3» ст. 83,

¹ См.: Федеральный конституционный закон от 8 декабря 2020 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в отдельные федеральные конституционные законы».

ч. 3 ст. 100, п. «ж», «л» ч. 1 ст. 102, ст. 125, ч. 1 ст. 128). При этом подчеркивается, что названные изменения не имели доктринального обоснования, не обсуждались научным и судебским сообществом¹.

Таким образом, сложившиеся реалии современного конституционного развития свидетельствуют о том, что в России формируется новый гибридный тип государственности, сочетающий элементы либеральной демократии и автократии. Нечто подобное западные конституционалисты (например, Рэндел Пиренбум) определили в отношении Китая как государственно-бюрократический конституционализм, который допускается в качестве альтернативы либерально-демократическому конституционализму с учетом национальных особенностей развития страны².

Глубокое обоснование таких изменений в России потребует формирования концепции конституционного развития Российской Федерации и определения этапов ее реализации. Концепция должна представить ясную картину дальнейших путей совершенствования Конституции РФ. Она призвана ответить на базисные вопросы о том, в какой мере нам достаточны конституционные преобразования и можно ли обойтись без радикальной конституционной политики.

¹ См.: Кряжков В.А. Указ соч. – С. 20.

² См.: Peerenboom R. Social foundations of China's living Constitution // Comparative constitutional design / ed. by Ginsburg T. – Cambridge etc. : Cambridge univ. press, 2013. – P. 162–163.

МОЛОКАЕВА О.Х.¹ ПУТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ КОНФИГУРАЦИИ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СВЕТЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ РЕФОРМЫ. (Обзор).

Аннотация. Рассматриваются взгляды ученых на трансформацию публичной власти в Российской Федерации. Анализируются проводимые конституционные преобразования и модернизация конфигурации публичной власти.

Ключевые слова: Российская Федерация; Конституция РФ; публичная власть; государственная власть; местное самоуправление; суверенитет; конституционная реформа; поправки.

МОЛОКАЕВА О.Н. Ways to improve the configuration of public power in the Russian Federation in the light of constitutional reform. (Review).

Abstract. The views of scientists on the transformation of public power in the Russian Federation are considered. The article analyzes the ongoing constitutional changes and modernization of the configuration of public power.

Keywords: Russian Federation; Constitution RF; public power; state power; local self-government; sovereignty; constitutional reform; amendments.

До 2020 г. имелся лишь доктринальный подход к пониманию состава и организации публичной власти, нормативного закрепления она не имела. Новеллой стало введение в Конституцию РФ категории «публичная власть», провозглашение принципа единства публичной власти и вхождения в ее состав органов госу-

¹ Молокаева О.Х., научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, доцент кафедры конституционного права им. Н.В. Витрука РГУП, кандидат юридических наук.

дарственной власти и органов местного самоуправления (ст. 132) [8, с. 19]. В обзоре представлены взгляды ученых на изменение конфигурации публичной власти в Российской Федерации в свете конституционной реформы.

С.А. Авакьян, завкафедрой конституционного и муниципального права МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор в интервью «Слово “власть” не должно пугать» [1] подчеркнул, что Президент РФ избрал такую форму изменений, которая не предполагает запуск механизма пересмотра Конституции РФ. Идею ее реформирования удалось реализовать и без внесения изменений в гл. 1, 2 и 9. Однако возник вопрос: как можно внести понятие единой публичной власти, не затронув ст. 3 Конституции РФ, устанавливающей, что единственным источником власти в России является ее многонациональный народ?

На заседаниях рабочей группы обсуждали необходимость учета в поправках к Конституции РФ положения, что власть, исходящая от народа, и есть основа единой публичной власти, которую он реализует в определенных формах и при содействии гражданского общества. Власть осуществляется не только в рамках государства и на уровне местного самоуправления, но и в обществе (к этому есть прямые отсылки в гл. 1 Конституции РФ), поэтому было важно подчеркнуть роль гражданского общества. Тем не менее поскольку ст. 3 решили не менять и, хотя мысль о гражданском обществе была закреплена, например, в статье, посвященной Правительству РФ, это было сделано совсем не в том объеме, в котором следовало, считает ученый. Понятие гражданского общества и его роли в демократическом устройстве нашего государства еще ждет своего раскрытия, с тем чтобы, наконец, отразить триаду «государственная власть – местное самоуправление – власть общества» [1, с. 9].

При этом, отмечает С.А. Авакьян, слово «власть» не должно пугать. В первую очередь оно означает управление. Общественная власть – это управление общественными делами. И если в ст. 14 Конституции РФ предусмотрено, что у нас светское государство и что религиозные организации отделены от него, тем самым предполагается, что соответствующая сфера общественной жизни тоже управляется в определенной мере самостоятельно от государственной власти [1, с. 10].

Были и другие аспекты, которые, по его мнению, так и остались не реализованными. Так, в Конституции РФ отсутствует глава, посвященная избирательной системе и избирательным правам. Такую главу, считает С.А. Авакьян, можно было предусмотреть, не внося изменения в основы конституционного строя [1, с. 10].

Интересна позиция ученого и о суперпрезидентском характере формы правления России. Возникает закономерный вопрос: «При таком перевесе полномочий в пользу президента – “не слишком ли много он на себя берет?”» В связи с этим С.А. Авакьян полагает, что с учетом направленности конституционной реформы здесь можно было бы кое от чего отказаться, тем более что отдельные полномочия, которые предусматривают сегодня в Конституции, в реальности уже и так существовали. Как конституционалист автор не совсем понимает, «почему назначение Генерального прокурора было полномочием Совета Федерации, а стало полномочием Президента, и за Советом Федерации осталась лишь консультативная функция. То же и с досрочным прекращением полномочий судей высших судов: у нас ведь сложилась практика, что в прекращении полномочий судьи при предъявлении ему каких-либо обвинений задействованы и судебная система, и Совет Федерации, и Президент. Есть это в законе, так для чего еще и в Конституции писать?» – задает вопрос автор [1, с. 11–12].

Что касается новых полномочий Госдумы и Совета Федерации, то здесь никакого усиления законодательной власти автор не усматривает. Раньше Президент РФ предлагал кандидатуру на пост Председателя Правительства РФ, Государственная Дума согласовывала, и Президент РФ назначал. Теперь Дума кандидатуру утверждает, а не согласовывает. С.А. Авакьян пытается понять, в чем здесь смысл, это что – игра слов? Чем отличается утверждение от согласования, если последнее слово все равно за Президентом РФ, – неясно. Правда, если ранее было написано, что после отказа в утверждении трех кандидатур, представленных Президентом РФ, тот распускает Государственную Думу, то теперь – «может распустить». Но сути это не меняет. Совет Федерации, в свою очередь, – палата, которая, с точки зрения автора, «абсолютно подпадает под термин “номенклатура”»: там заседают люди, связанные с федеральной и региональной исполнительной властью, сплошь бывшие чиновники. И если в Госдуме звучит критика при обсуждении за-

конопроектов, то в Совете Федерации ее «совсем» нет, как нет связи сенаторов с избирателями: «они не избираются, а назначаются на свои должности, получают хорошие деньги и абсолютно не мотивированы отстаивать интересы населения» [1, с. 12]. Поэтому, по мнению С.А. Авакьяна, «Совет Федерации в системе сдержек и противовесов как не участвовал, так и не участвует, и конституционная реформа тут вряд ли что-то изменила» [там же]. Профессор считает, что сенаторов должно выбирать население.

Статус Госсовета характеризуется как коллективный помощник Президента РФ, который уполномочен будет обсуждать проекты общегосударственных программ по территориальному, социальному, экономическому развитию и т.д., т.е. это своеобразный мостик между центром и регионами [там же].

По поводу конституционных (уставных) судов субъектов РФ автор предлагает создавать их в федеральных округах [1, с. 14]. Рациональным также видится введение предварительного конституционного нормоконтроля. Однако предоставление возможности инициировать такую процедуру только Президенту, он относится критически и предлагает дать возможность обращаться к Президенту за возбуждением этой процедуры Совету Федерации, Верховному Суду, Правительству и Генеральному прокуратору РФ [1, с. 15]. Также предлагается расширить объекты конституционного контроля и включить в него акты Пленума и Президиума Верховного Суда РФ, нормативные приказы Генерального прокурора РФ. Кроме того, наделить Конституционный Суд РФ правом воздействовать на органы, ответственные за исполнение решений этого Суда [1, с. 16].

Сопредседатели рабочей группы по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию РФ академик Т.Я. Хабриева и доктор юридических наук А.А. Клишас в тематическом комментарии к Закону РФ о поправке к Конституции РФ [7] отмечают, что одна из целей поправок к Конституции РФ состоит в укреплении суверенитета Российского государства, национальной безопасности и повышении доверия населения к институтам публичной власти. Поправки, касающиеся требований к должностным лицам, стандартизируют требования к лицам, замещающим должности в системе публичной власти, исходя из сложившейся право-

применительной практики и задач обеспечения национальной безопасности [7, с. 83].

Авторы обращают внимание на то, что закрепление в Конституции РФ единства системы публичной власти направлено на повышение эффективности ее функционирования, что не меняет конституционную норму ст. 12 Конституции РФ о самостоятельности местного самоуправления в пределах предоставленных полномочий, а подчеркивает многообразие форм взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления. Поправки к Конституции РФ не предполагают, что органы местного самоуправления станут частью единой системы органов государственной власти. Цель изменений – установление более тесного взаимодействия органов государственной власти и органов местного самоуправления. Для этого введена новая обобщающая категория – «публичная власть», а также близкие к ней понятия «система публичной власти» и «единство системы публичной власти». Данные категории и понятия объединят две разновидности публичной власти – государственную и муниципальную [7, с. 209].

Изменения Основного закона страны оцениваются учеными-правоведами как достаточно серьезные преобразования, по своему значению и глубине приближающиеся к конституционной реформе, поскольку, как замечает Т.Я. Хабриева, произошла значительная модификация текста Конституции РФ:

- расширен ценностный каталог Основного закона, в нем более точно отражены исторические истоки, духовные традиции и собственные идеалы российского общества;

- модернизирована системы социальных прав граждан и юридических гарантий этих прав;

- трансформированы в определенной степени формы государства;

- создана своеобразная, соответствующая национальным потребностям настройка государственного механизма и осуществления публичной власти, а также технологических процессов формирования и осуществления государственной политики; установление новых параметров порядка функционирования системы публичного управления;

– изменена дихотомия национальной правовой системы, предусмотренная Конституцией РФ (без изменения ее главного принципа), соотношения ее открытости и защищенности от внешнего воздействия, в том числе посредством встраивания в Конституцию уже апробированной благодаря деятельности Конституционного Суда РФ формулы соразмерности универсальных, наднациональных и национальных правовых ценностей, принципов и норм;

– признано фактически сложившееся общее президентское руководство системой исполнительной власти. Одновременно уточнен механизм разделения законодательной и исполнительной власти [6, с. 408–409].

Внесение изменений в Конституцию РФ позволит совершенствовать механизмы публичной власти. Россия вырабатывает свою национальную модель конституции, соответствующую отечественному менталитету и новым требованиям государственной безопасности страны. Она, подчеркивает Т.Я. Хабриева, точнее отражает государственно гражданскую идентичность России, ее социокультурные основы и политико-правовые идеалы [6, с. 412].

Высказываются и другие точки зрения. По мнению доктора юридических наук А.Н. Черткова, в Конституции РФ не отражена власть гражданского общества, или общественная власть. Вопросы гражданского общества, считает он, могли бы регулироваться путем введения новой главы в Конституцию РФ, и это способствовало бы развитию гражданского общества и демократизации социальной практики. «Публичная власть – не просто власть государства плюс местная. Это власть общества, осуществляемая в его интересах, под его контролем и с его участием. Именно в такой интерпретации конституционные новеллы о публичной власти дадут максимальный позитивный эффект, найдя отражение в законодательстве и правоприменительной практике» [8, с. 21].

Все подсистемы, компоненты и элементы публичной власти, по мнению А.Н. Черткова, могут и должны конкурировать в целях обеспечения прав и законных интересов человека и общества [8, с. 22].

Скептически относятся некоторые ученые к введению в Конституцию РФ положения об ограничении замещения государственных и муниципальных должностей, должностей государ-

ственной и муниципальной службы, связанных с наличием гражданства иностранного государства либо вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание гражданина РФ на территории иностранного государства. По мнению докторов юридических наук Е.Ю. Киреева, Л.А. Нудненко и Л.А. Тхабисимова, такое нововведение не обеспечит «национализацию элит», поскольку закон не предусматривает ограничение для членов семей перечисленных должностных лиц. Без этого поправка теряет смысл [4, с. 37].

Вызывает сомнение у авторов поправка о делегировании Государственному Совету определения основных направлений внутренней и внешней политики. Данная новелла – п. «е 5» в ст. 83 Конституции РФ – не согласуется с ее ч. 3 ст. 80, которая относит это полномочие к компетенции Президента РФ. Исследователи полагают, что приоритет в формировании основных направлений внутренней и внешней политики должен принадлежать Федеральному Собранию в сотрудничестве с Президентом РФ [4, с. 40].

Анализ современных конституционных преобразований, предпринятый доктором юридических наук А.В. Безруковым, позволил ему выделить следующие основные тенденции конституционного развития страны:

1) укрепление государственного единства и территориальной целостности Российского государства в переплетении с социально ориентированными положениями Конституции РФ;

2) введение категории «единство публичной власти», отражающей сближение государственной и муниципальной власти;

3) изменение (перераспределение, расширение, урезание) полномочий многих федеральных органов государственной власти [2, с. 5];

4) сужение конституционно установленной роли Председателя Правительства РФ, он уже не определяет основные направления его деятельности. Кроме того, теперь Председатель Правительства несет персональную ответственность перед Президентом РФ за осуществление возложенных на Правительство РФ полномочий (ст. 113 Конституции РФ) [там же]. А.В. Безруков считает, что такое перераспределение полномочий вряд ли пошло в пользу Правительства РФ [2, с. 8].

Оценивая в целом анализируемый пакет конституционных поправок к Конституции РФ, А.В. Безруков отмечает их позитивное начало в том, что многие положения Конституции РФ стали консолидированными и согласованными, в определенной мере повысилось технико-юридическое качество Конституции РФ, намечена позитивная тенденция в развитии исходных конституционных ценностей в положениях гл. 3–8. Однако избежать некоторых «перегибов», в том числе в балансировке полномочий между федеральными органами государственной власти, не удалось [2, с. 9].

Надо сказать, что вопросы функционирования публичной власти всегда находились в центре внимания ученых. Заметным событием стал выход в свет в 2020 г. двух монографий, подготовленных ведущими научными учреждениями страны. Одна из них – «Институты публичной власти в условиях глобализации» [3], хотя и не касается последних конституционных поправок к Основному закону России, однако научное исследование эволюции понимания и осуществления публичной власти в современных условиях (гл. 1), новых тенденций в организации и функционировании органов публичной власти (гл. 2), национальных поисков институциональных ответов на вызовы современности (гл. 3) в связи с новой конфигурацией публичной власти в Конституции РФ представляет особый интерес. В этой работе подчеркивается, что под воздействием глобализации видоизменяются полномочия и формы деятельности законодательных органов, по-новому оценивается их роль в системе органов публичной власти [3, с. 89]. Во многих странах идут процессы реформирования парламентов, направленные на оптимизацию их деятельности, превращение данных органов в более открытые и эффективные институты. Анализ показывает, что успешные реформы способствуют повышению доверия к представительным органам. Например, одной из инноваций в парламентской деятельности в Финляндии является создание Комитета будущего, который в отличие от других постоянных комитетов парламента не занимается рассмотрением законопроектов. В его состав входят 17 депутатов, представляющих все политические партии. Этот орган исследует перспективы развития страны исходя из интересов общества. В его практике широко используются новые формы участия общественности: гражданские слушания, краудсорсинг [3, с. 95].

Юридическое осмысление инновационных технологий позволяет авторам сделать вывод о том, что право человека на хорошее управление не переродилось при помощи этих технологий в право государства на управление людьми [3, с. 117].

В монографии «Конституционные основы разграничения полномочий между органами публичной власти» [5] рассматриваются многие актуальные проблемы, в том числе совершенствования федерального законодательства, которое, по мнению авторов, усложняет четкое определение полномочий органов государственной власти субъектов РФ на уровне регионального законодательства и имеет следующие недостатки: 1) фрагментарность регулирования полномочий органов государственной власти либо его полное отсутствие; 2) использование абстрактных, необоснованно пространственных формулировок в текстах нормативных правовых актов (особенно в части определения полномочий органов государственной власти); 3) нарушение принципа самостоятельности правового регулирования субъектов РФ, несоблюдение требования «рамочного» регулирования со стороны федеральных органов государственной власти; 4) чрезмерно динамичный, перманентный процесс перераспределения полномочий, вследствие которого субъекты РФ нередко не успевают обновить собственное законодательство, привести его в соответствие с новыми требованиями; 5) закрепление в федеральном законодательстве за субъектами РФ полномочий, по своему содержанию не относящихся к их ведению; 6) установление в законах одних и тех же полномочий за различными органами государственной власти, включая органы государственной власти субъектов РФ, и др. [5, с. 104].

В связи с этим авторы предлагают внести дополнения в Федеральный закон от 6 октября 1999 № 184-ФЗ и закрепить в нем механизм, препятствующий внесению необоснованных изменений в федеральное законодательство по вопросам разграничения полномочий, в частности предусмотреть дополнительные процедуры принятия федеральных законов, предметом регулирования которых являются вопросы разграничения полномочий по предметам совместного ведения, которые предлагается закрепить как в ст. 26.4 указанного Федерального закона, так и в Регламенте Государственной Думы [5, с. 88–89].

Список литературы

1. Авакьян С.А. Слово «власть» не должно пугать // Закон. – 2020. – № 12. – С. 8–16.
2. Безруков А.В. Конституционная реформа: основные направления и пути совершенствования конфигурации публичной власти в России // Конституционное и муниципальное право. – 2020. – № 6. – С. 3–9.
3. Институты публичной власти в условиях глобализации : монография / под ред. Т.А. Васильевой и Н.В. Варламовой. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2020. – 272 с.
4. Киреева Е.Ю., Нудненко Л.А., Тхабисимова Л.А. Тенденции правовой регламентации взаимодействия Президента Российской Федерации с Правительством Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. – 2020. – № 10. – С. 37–40.
5. Конституционные основы разграничения полномочий между органами публичной власти : монография / А.Е. Постников, Л.В. Андриченко, А.Е. Помазанский [и др.]; отв. ред. Л.В. Андриченко, А.Е. Постников. – М. : Ин-т законодат. и сравнит. правоведения при Правительстве РФ : ИНФРА-М, 2020. – 237 с.
6. Хабриева Т.Я. Конституционная реформа в России: В поисках национальной идентичности // Вестник Российской академии наук. – 2020. – Т. 90, № 5. – С. 403–414.
7. Хабриева Т.Я., Клишас А.А. Тематический комментарий к Закону Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти». – М. : Норма : ИНФРА-М, 2020. – 240 с.
8. Чертков А.Н. Публичная власть : состав, единство и сущность взаимодействия // Конституционное и муниципальное право. – 2020. – № 10. – С. 19–23.

КОДАНЕВА С.И.¹ ПОПУЛИСТСКИЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ: НОВОЕ ЯВЛЕНИЕ ИЛИ ОТВЕТ НА КРИЗИС ЛИБЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА? (Статья).

Аннотация. Популизм в политике называют новой «модой». Однако в последнее десятилетие он все глубже проникает в научный дискурс, становится очевидной необходимостью его глубокого изучения, поскольку это явление ярко высвечивает общие закономерности конституционного развития многих стран. Настоящая статья посвящена выявлению и анализу именно этих общих для всего мира проблем, порождающих «популистский ответ».

Ключевые слова: популизм; либерализм; конституционализм.

KODANEVA S.I. Populist constitutionalism: A new phenomenon or a response to the crisis of liberal constitutionalism? (Article).

Abstract. Populism in politics is called the new «fashion». However, in the last decade, it has penetrated more and more deeply into the scientific discourse, and the need for its in-depth study has become obvious, since this phenomenon clearly highlights the general patterns of constitutional development in many countries. This article is devoted to the identification and analysis of these problems common to the whole world, which give rise to a «populist response».

Keywords: populism; liberalism; constitutionalism.

В последнее десятилетие все большее распространение приобретает популизм в политике. Обнаружить его можно практически на всех континентах, а его яркими представителями стали многие политические лидеры: Д. Трамп в США, Н. Фарадж и

¹ Коданева С.И., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Дж. Корбин в Великобритании, Э. Макрон и М. Ле Пен во Франции, В. Орбан в Венгрии, Р. Эрдоган в Турции, Р. Дутерте на Филиппинах, Н. Мадуро в Венесуэле, Я. Качиньский в Польше, Б. Грилло в Италии и лидеры немецкой «Альтернативы для Германии», Австрийской партии свободы, Истинных финнов Финляндии, испанского Podemos. Популизм стал основой для арабской весны, он ярко проявляется в политике восточноевропейских, южноамериканских и азиатских стран. Изначально популизм воспринимался исключительно как политическая мода. Однако постепенно он стал все глубже проникать в научный дискурс, поскольку популизм, несмотря на разнообразие своих проявлений, отражает определенные закономерности в развитии современного общества и выявляет общие и серьезные проблемы в современной политике и конституционализме.

Сразу следует отметить, что поскольку идея популизма набирает все большую популярность и проявляется в самых разных политических и правовых контекстах, то ее содержание находится в постоянном состоянии эволюции. Хотя справедливости ради следует признать, что теоретические основы популизма уходят корнями глубоко в прошлое и берут истоки в различных философских концепциях, обосновывающих вовлеченность населения в политику и управление государством. В политическом смысле прообразами популизма были режимы, привлекательные своими социальными программами для населения, а также харизматическими лидерами. Как метко отметил Ян-Вернер Мюллер, популизм – это «особое моралистическое воображение политики, способ восприятия мира, который основан на морализованном, однако, вымышленном противопоставлении народа против элит, которые считаются коррумпированными или каким-то другим образом морально неполноценными» [цит. по: 8, р. 516].

Таким образом, сама по себе идея популизма не нова и имеет серьезный научный базис, однако в последнее время она вновь стала привлекать внимание ученых различных областей науки, включая конституционалистов, что, как было отмечено выше, объясняется всплеском ее популярности в сфере политики. Очевидно, что данное явление стало ответом на ряд негативных факторов, присущих современному конституционализму. Так, размываются две «конститутивные границы» государственности: государствен-

ный суверенитет над определенной территорией и сфера компетенции публичной власти в отношении частных прав. Как отмечает Б. Бугарыч, силы транснационализма и приватизации, ответственные за эти эрозии, часто взаимно усиливают друг друга; современный конституционный порядок становится все более ориентированным на индивида как экономического агента, или на внутренние субнациональные или иные группы, или на «технократию» административного опыта, или на частные транснациональные предприятия, или на международные юридические и политические образования» [4, р. 615].

Таким образом, мы имеем дело с размыванием государственного суверенитета, ответом на которое и становится популистский конституционализм. Поэтому внимание ученых-юристов к данной проблематике обусловлено не столько ее «модностью», сколько осознанием возникшего в последнее десятилетие глубинного напряжения в получившем широкое распространение либерально-демократическом строе. Популизм становится ответом на это напряжение и попыткой поиска способов его разрешения. Как констатируют многие аналитики, Западный мир переживает глубокий кризис либерального и глобалистского миропорядка, который обострил противоречие между властно-политическим истеблишментом Запада, разбогатевшим на присвоении всех дивидендов глобализации, и их рядовыми соотечественниками, вынужденными платить за изъяны глобализации на многих направлениях, а популизм – это поиск новых моделей мироустройства [1, р. 26]. В этом контексте «популистский конституционализм» представляет собой тип конституционной практики или дискурса, который преследует, защищает или поощряет морализацию политики, предполагающую оппозицию между «элитами» и «народом».

Не удивительно, что представители либеральных элит прикладывают все силы для того, чтобы низвести идеи популизма до простого «национализма» или «фашизма». Как метко подметил французский политический философ Ж. Бра: «Идея состоит не в том, чтобы размышлять о популизме, а в том, чтобы производить уничтожительный эффект» [цит. по: 5, р. 645]. Так, наиболее яркие представители антипопулистов К. Мадде и К.Р. Кальтвассер и Н. Урбинати утверждают, что «популисты всегда антиплюрали-

стичны; популисты утверждают, что они, и только они, представляют народ... основная претензия популизма – это... морализированная форма антиплюрализма», «популизм... стремится реализовать повестку дня, главным и узнаваемым характером которой является враждебность по отношению к либерализму и принципам конституционной демократии, таким как права меньшинств, разделение властей и многопартийная система» [цит. по: 5, р. 644–645].

Почему же названные ученые и их сторонники не признают в равной степени популизмом те выступления против истеблишмента или элитарной политики, которые согласуются с защитой прав меньшинств, конституционной демократией и плюрализмом? Например, левый популизм греческой СИРИЗЫ, движение Б. Сандерса в США, или Э. Макрона, который способен консолидировать как исполнительную, так и законодательную власть через движение, действующее вне существующей структуры политических партий, а также пропаганду прогрессивного и инклюзивного популизма такими учеными, как Ш. Муфф и Э. Лакло? Ответ можно найти в работах Н. Урбинати, которые имеют своей целью исключительно защиту элитарной либеральной демократии. И поскольку многие тезисы популистов выносятся для обсуждения широкой общественности глубокие недостатки существующих режимов, то единственное что остается антипопулистам – это накладывать уничижительный отпечаток на любую демократическую политику, которая бросает вызов элитарному либерализму, обвиняя ее в антилиберализме и антиплюрализме.

На самом деле, если анализировать популизм во всех его проявлениях, то можно заметить важную особенность, отмеченную Р. Хаузом. Традиционные политические партии и политики в последние годы стали практически обособленной кастой, попасть в которую, а, следовательно, принять участие в решении вопросов управления собственной страной, можно только имея достаточно средств или связей. Таким образом, большинство населения оказывается отстранено от управления, что разрушает основы демократии. Поэтому многие исследователи приводят аргументы в пользу того, что функционирование устоявшихся западных либеральных демократий является предательством демократического идеала народного суверенитета и самоуправления. Так, Дж. Мак-

кормик отметил: «кризис политической ответственности поражает современную демократию. Стало очевидным, что выборы, даже «свободные и справедливые», не приводят к выдвижению на посты лиц, которые чутко реагируют на политические чаяния и ожидания своих избирателей. Более того, демократические правительства, по-видимому, все меньше преуспевают в предотвращении того, чтобы самые богатые члены общества обладали чрезмерным влиянием на законотворчество и политику. Вместо того чтобы способствовать народному правлению, либеральные демократии, по-видимому, позволяют и, возможно, даже поощряют обогащение политических и экономических элит за счет общества. Неспособность граждан контролировать поведение государственных чиновников и противодействовать власти и привилегиям богатых представляет серьезную угрозу для качества политического представительства сегодня; она серьезно подрывает условия свободы и равенства в республиках нашего времени» [цит. по: 5, р. 646].

С другой стороны, правящие элиты всегда нацелены на поиск компромиссов. Им не выгодно поднимать острые вопросы или отставить крайние позиции, даже если эти вопросы и позиции затрагивают права их избирателей. В результате, как отмечает Т. Пикетти, «в США и в ряде западноевропейских стран состав членов политических партий смещается в сторону высокообразованных и обеспеченных, сильно отдаляясь от рабочего класса или тех, кто не имеет университетского образования. Это говорит о том, что важные избирательные округа могут быть просто исключены из сделок или соглашений, заключаемых при посредничестве существующих политических партий и между ними» [7, р. 56]. Иными словами, в устоявшихся либеральных демократиях давно сформировался баланс интересов и прочные коалиции. Поэтому очень часто то, что антипопулисты воспринимают как разрушительные и опасные для либерального порядка проявления популизма, на самом деле является просто способностью создавать выигрышные политические коалиции, не нарушая при этом сложившийся демократический механизм, апеллируя к народному недовольству, вызванному или не решенному правящим политическим истеблишментом.

Еще одним тезисом, получившим широкое распространение среди антипопулистов, стало утверждение о том, что популистские

режимы всегда являются авторитарными, поскольку антипопулисты рассматривают любые вызовы «центристским» (т.е. сбалансированным на основе компромиссов) политическим позициям как крайние и авторитарные. Однако недавние исследования Д. Адлера показывают, что на самом деле именно «центристы» склонны быть более открытыми к авторитаризму или приспособливаться к нему [цит. по: 5, р. 644].

В связи с этим представляется важным выявить ключевые сходства и различия между авторитаризмом и популизмом. Как известно из теории, разработанной Х. Линцем, авторитаризм характеризуется четырьмя ключевыми качествами: ограничение политического плюрализма, эмоциональная основа легитимности режима, возможности социальной мобилизации в гражданском обществе ограничены, а полномочия исполнительной власти, напротив, не ограничены. Действительно, многим популистским режимам характерна сильная эмоциональная заряженность, критика существующих конституционных положений и структур, а также стремление выступать от единого народа, как унитарного субъекта политических и правовых отношений.

Однако, во-первых, как было показано выше, существует множество примеров, когда популистские режимы не приводили к монополизации власти и разрушению существующих систем сдержек и противовесов, а также к подавлению инакомыслия. Во-вторых, неотъемлемой характеристикой популистского конституционализма является его связь с народным суверенитетом. То, что многие антипопулисты критикуют как подавление инакомыслия и прав разнообразных меньшинств, а именно стремление говорить от имени и во имя народа, является не просто юридической абстракцией. Под этим скрывается идея о том, что народ, рассматриваемый в качестве конкретной общественно-политической силы, должен не только обеспечивать конституционную власть, но и брать на себя «активный и постоянный контроль за толкованием и исполнением конституционного права» [8, р. 525]. В основу этой идеи популизма положен тезис о том, что народ обладает не только «учредительной властью» (властью принимать Основной закон), но и является постоянным носителем суверенитета и его право участвовать в управлении государством постоянно и

неотъемлемо, хотя и узурпировано либеральными политическими элитами.

Безусловно, нельзя не признать, что существуют примеры, когда популистские режимы со временем приобретают черты авторитарных режимов. Так, правительство Р. Эрдогана в Турции является ярким примером авторитаризма реверсионистского типа. И здесь проявляется важная черта популизма – его хрупкость и неустойчивость, тенденция перехода в другие типы режимов. Справедливости ради нужно привести и обратный пример – Э. Макрона, который победил на выборах, опираясь на популистскую риторику, однако, в качестве президента встроился в существующий элитарно либеральный режим. Аналогичные примеры можно привести в контексте США (Д. Трамп) или Великобритании (Б. Джонсон). Таким образом, можно констатировать, что популизм, хотя и возникает как попытка поиска принципиально нового режима, отличного от всех существующих, в большинстве случаев не становится самостоятельным новым политическим режимом. Здесь все зависит от конкретного контекста, а также популистского лидера, которые обуславливают развитие ситуации в стране – либо сохранение демократического режима, либо постепенный переход к авторитарному режиму. Это может происходить путем восстановления или повторного акцентирования особого конституционного наследия, связанного с режимом, характеризующимся большей концентрацией власти (как это происходит в большинстве арабских государств и Турции), либо посредством процесса конституционного обновления, который включает в себя концентрацию власти. Как отмечает Б. Бугарыч «популизм расплывчат и моралистичен и как таковой довольно легко инструментализируется почти любым типом идеологии, как левой, так и правой. Популизм подобен хамелеону, постоянно приспосабливающемуся к цветам окружающей среды. У него нет основных ценностей и очень тонкая идеология. Таким образом, существует несколько довольно различных разновидностей популизма: аграрный, социально-экономический, ксенофобский, реакционный, авторитарный и прогрессивный популизм» [4, р. 598].

Наконец, необходимо остановиться на еще одной цели для критики популизма – это его отношение к конституционализму и верховенству права. И опять эти подходы необходимо рассматри-

вать в их связи с народным (демократическим) и либеральным конституционализмом.

Популисты критикуют тенденцию либерализма к деполитизации, дистанцированию и потенциальному отчуждению граждан от институтов. Популисты утверждают, что акцент на правовой рациональности, нейтральности государства и формально-правовом процедурализме имеет тенденцию ослаблять политику из-за недостаточного коллективного участия. Популистский конституционализм одобряет, таким образом, программу, которая обещает сократить дистанцию между обычными гражданами и институтами власти. Популисты хотят напрямую связать людей с институтами и возродить демократию, сделать ее значимой для своих граждан. Важным направлением в популистском конституционализме является требование прямого представительства народа и преодоления существенных ограничений на народное правление, которые они наблюдают в либеральном конституционализме, — ограничений, которые, в частности, связаны с закрытостью и неподконтрольностью судебной системы и закрытым характером правовой системы. Таким образом, популизм предполагает отказ от формализованного либерального конституционализма в пользу более активной реализации основных компонентов таких элементов демократии, как народный суверенитет и правление большинства.

Наглядно этот тезис продемонстрировал П. Блоккер, который сравнивает либеральное и популистское представление конституционализма. В либеральном представлении политические институты получают легитимность, если они закреплены в конституционных законах, эти институты переводят абстрактные понятия справедливости и личного достоинства в правовые и нормативные ограничения. Либеральный конституционализм направлен на постепенное ограничение политической власти правовыми средствами, поэтому ключевым элементом такой системы является верховенство права. Таким образом, либеральный конституционализм не обязательно связан с демократией, понимаемой как народное самоуправление и расширение прав и возможностей граждан. Речь идет скорее о сохранении, стабилизации и тщательном управлении существующим порядком посредством закрытой, независимо действующей правовой системы. Здесь следует отдельно отметить все

более возрастающую роль так называемых экспертов, подмеченную Р. Хаузом. Дело в том, что современное правительство и администрация сложны и должны управляться в значительной степени относительно стабильным политическим классом, состоящим в основном из политических профессионалов, с одной стороны, и экспертов – с другой. Элитарные либеральные демократы критикуют популистов за их непрофессионализм и отсутствие необходимых экспертных знаний, за их равнодушие к «фактам». В ответ популисты говорят о том, что мир все более скатывается к технократии – власти экспертов, которые уже не просто готовят отчеты, например, для парламента, где эти отчеты будут обсуждать депутаты – представители различных партий. Эксперты сегодня оказывают существенное влияние на политику, фактически формируя и политические повестки, и решения по ним. Ситуация усугубляется тем, что в развитых демократиях доступ к государственной службе имеют только люди, получившие образование в элитных заведениях, попасть куда могут только очень обеспеченные люди. Таким образом, «экспертами» в этих странах также становятся только представители элит, а не простого населения [5, p. 655].

«Бюрократия, – писал Дж.С. Милль, – почти всегда становится педантократией», лишенной жизненной энергии и способности критиковать или подвергать сомнению свои собственные изношенные догмы. Таким образом, профессиональное государственное управление может выродиться в «бюрократическое правительство» и вызвать «популистский бунт» [цит. по: 5, p. 656].

Что касается популистов, или, как их именует П. Блоккер, демократических конституционалистов, то они понимают конституцию как основу для отстаивания человеческой свободы. Они делают акцент на таких принципах, как равенство, свобода и самоуправление. Конституционный порядок понимается как связывающий публичную власть с внутриобщественной легитимацией. Как описал это Х. Брунхорст, «речь идет не только о “верховенстве закона”, но и об освобождении от любого закона, который не является законом, на который мы дали свое согласие» [цит. по: 3, с. 537]. Иными словами, приоритет отдается не «верховенству права», а народному суверенитету. Таким образом, популистский конституционализм представляется отказом от современной, юридизированной и формализованной версии конституционализма, и

своего рода вариантом демократического конституционализма. Популизм осуждает верховенство закона и конституционное государство как средства, которые продвигают интересы меньшинств (элит) против благосостояния народа, и утверждает, что построит новый конституционный порядок, который будет способствовать общему благу против частных интересов. Таким образом, как было отмечено выше, популистский конституционализм – это попытка создать государство заново, избегая любой из существующих традиций. Популистский конституционализм выдвигает на первый план права личности и идею равенства в противовес коррумпирующим и неравноправным последствиям устоявшихся традиций, основанных на статусе и привилегиях. В этом популистский конституционализм критикует либеральный конституционализм как потенциально ведущий к неравенству в силу отсутствия возможностей для участия населения в конституционной политике и нормотворчестве, а также в силу элитарности высшего руководства.

Таким образом, можно сформулировать четыре основных направления критики популистами существующего либерального конституционализма:

1) популисты делают упор на народ и народный суверенитет. Соответственно, они всячески поощряют и стимулируют проявления этого суверенитета через различные плебисциты. Опору на народный суверенитет можно увидеть, например, в экспертном заключении, написанном польскими конституционалистами, близкими к популистскому правительству Партии закона и справедливости. Эксперты выступают за идею польской демократии, в которой «нация как политическая общность всех граждан, составляющих государство, является первичной категорией», и против точки зрения, которая изображается как преимущественно «законническая», в которой «атрибут суверенитета переносится на само право, в частности на Конституцию. Далее говорится о том, что представительные системы с сильными судебными компонентами, как правило, превращают народный суверенитет в нереализованную фикцию [3, р. 541]. Для антипопулистов (например, У. Голстона) такие прямые ссылки на «народ» обычно ассоциируются с антилиберальными или реакционными последствиями, хотя, эмпирические исследования Р. Хауза не позволили выявить

таких последствий от результатов народных референдумов или плебисцитов;

2) популистский проект основан на крайней форме мажоритаризма: популисты представляют себе политическую власть как выражение воли сплоченного большинства. Либеральное понимание парламентской политики и представительства отвергается, как ведущее к фрагментации общества и утрате социального единства. Это вызывает особенно яростную критику со стороны либеральных элит, как основа для роста нативизма или ксенофобии. Однако эти явления не имеют прямой связи с ростом популизма. Так, Б. Харкорт отмечает, что выделение мусульман в качестве целевого меньшинства и создание новой культуры страха и подозрительности по отношению к «другим» в США являются результатом вовсе не популистской политики Д. Трампа, а «войны с террором», проводимой силовыми структурами этой страны. Риторика же Д. Трампа просто «идеально вписывается» в эту уже сформировавшуюся до него политику выделения мусульманского меньшинства как объекта повышенного внимания со стороны государственной безопасности [цит. по: 5, р. 648].

Чтобы понять суть данного направления критики либерального конституционализма, необходимо обратиться к его основам, какими они выкристаллизовались в конце XVIII в. Они связаны с переходом от модели, где сам порядок вещей, включая структуру человеческой морали, рассматривался как целостный и предопределенный, к модели, где мы понимаем себя как свободных и равных людей, индивидуально и коллективно способных и имеющих право управлять миром по нашему выбору. Здесь можно видеть глубинное противоречие между таким понятиями как «личность» и «коллектив», «универсальное» и «частное» и, наконец, «множественность» и «единство». В идеале государственный строй должен быть таким, чтобы обеспечивать баланс между этими противоположными полюсами. Однако либеральный конституционализм абсолютное предпочтение отдает индивидуальным правам. Такая абсолютизация прав «личности» приводит к тому, что защита прав многочисленных меньшинств (ЛГБТ, трансвеститов, трансгендеров, мигрантов и т.п.), навязываемая либеральными демократиями, на деле приводит к ущемлению прав большинства, разрушению традиционных ценностей, замене их псевдоценностями (под эги-

дой мультикультурализма), что, в конечном итоге, приводит к уничтожению национальной идентичности.

Эта тенденция, многократно усугубленная глобализмом и универсализмом, приводит к тому, что человек отрывается от своих исторических корней и превращается в «гражданина мира». Однако, как показывают многочисленные эмпирические исследования, в конечном итоге, это приводит к разрушению личности и даже психики, вызывая постоянное чувство тревоги, беспомощности и одиночества. Не случайно, сторонниками популистского движения «За выход» в Великобритании были не только бедные и плохо образованные слои населения, наиболее пострадавшие от глобализации, но и богатые менеджеры хедж-фондов и представители политической элиты страны. Аналогично, по мнению Б. Бугарыча, многие политические акторы в странах Восточной Европы, включая представителей элит, а также владельцев большинства СМИ, не «не убеждены в том, что либеральная демократия лучше для общества, чем все другие мыслимые альтернативы» [4, р. 609].

Таким образом, основным объектом критики популистов является именно этот перекосящий «коллективное универсальное» в пользу «частного». Возвращение к «корням», т.е. осознанию себя единым народом с общими ценностями и культурными основами, таким образом, становится ответом популистов, поддержанным большинством населения, чьи права, как было отмечено, ущемляются, а ценности разрушаются во имя «меньшинства». Так, В. Орбан в своем обращении в 2018 г. к нации заявил: «Я верю, что у нас, венгров, есть будущее, если мы останемся венграми: если мы будем культивировать венгерский язык, защищать нашу христианскую и венгерскую культуру, а также сохранять независимость и венгерскую свободу» [цит. по: 3, р. 542]. Как отмечает П. Блоккер, «то, что происходит сегодня в Венгрии – это попытка политического руководства гармонизировать отношения между интересами и достижениями отдельных людей – что необходимо признать – с интересами и достижениями общества и нации. Оно не отрицает фундаментальных ценностей либерализма, таких как свобода и т.д., но оно и не делает эту идеологию центральным элементом государственного устройства» [3, р. 543].

Еще одним серьезным проявлением либерального конституционализма, вызывающим серьезную критику практически в всех странах Запада стала неспособность государства обеспечить безопасность для своих граждан. Именно проблемы безопасности, по мнению ряда экспертов, стали причиной поддержки Брекзита в Великобритании [2], политика польской Партии закона и справедливости направлена, прежде всего, на то, чтобы сделать жизнь и работу более безопасными, а в Венгрии большинство политических лидеров и граждан поддерживают правительство В. Орбана, поскольку оно гарантирует лучшую защиту безопасности личности [4, р. 601]. Эта тенденция еще более усилилась в связи с пандемией COVID-19. Как отмечает К.Р. Кунцманн, впервые в истории либерализма, государственный сектор вновь обрел неожиданную власть и доверие, он взял на себя контроль над политикой сдерживания распространения вируса. За редкими жалобами граждане Европы смирились с налагаемыми ограничениями и жесткими мерами контроля со стороны государства за их частной жизнью. Возникло новое доверие к государственному сектору и вводимым им ограничениям [6, р. 24];

3) отношение популистов к «верховенству права» имеет ярко выраженную эмоциональную и критическую окраску, которую в научной литературе принято называть «юридическим скептицизмом» и «юридическим негодованием» [8; 3]. В значительной степени это отношение объясняет К. Шмитт в своей критике либерального конституционализма и его концепции верховенства права. Негодование популистов направлено против застывшей конституционной системы, главной задачей которой является сохранение status quo в отношениях между элитами и народом. Популисты также критически относятся к сильной и независимой природе высших судов, роли и форме судебного надзора. Основным их аргументом является то, что неизбираемые суды, являющиеся закрытой профессиональной системой, присваивают себе законодательные функции, при этом оставаясь неподотчетными другим ветвям власти. Это проявляется, например, в польском конституционном кризисе, когда правящая партия руководствуется идеей о том, что не трибунал должен иметь решающее слово в толковании Конституции, а парламент или правительство, которые непосредственно избираются большинством. Как заявил

Л. Моравский, профессор права и один из судей польского трибунала, назначенных правительством: «законодательная деятельность Конституционного трибунала существенно искажает принцип разделения и баланса властей, поскольку на практике это означает, что высшую законодательную власть осуществляют не парламент и правительство, а Конституционный суд» [цит. по: 3, р. 547]. Аналогичную риторику использовали сторонники Брекзит в отношении прецедентного права Европейского Суда как разрушающего британскую традицию парламентского суверенитета. Также все чаще критике подвергается Верховный суд США за его крайнюю политизированность и то, что в последние годы он перестал быть арбитром между законодательной и исполнительной властью, но все чаще присваивает себе законодательные полномочия.

Но критика может быть направлена и против более широкого установления конституционных ролей и институтов политического или административного характера, которые опосредуют отношения между народом и политической властью. Она может быть направлена против тайной власти теневого элита – политических, военных и экономических, – которые скрываются за формализованными конституционными институтами. Недовольство может быть также более рассеянным, направленным против конституционных рамок в целом, как ограничивающих власть народа и его суверенитет. Здесь опять проявляется различие между либеральным и популистским конституционализмом. В либеральном понимании демократии источником суверенитета, его проявлением, является Конституция. Для демократического популизма источником суверенитета всегда остается народ, который в силу этого не может быть связан законом. Популисты хотят восстановить политический суверенитет, и для этого им необходимо преодолеть ограничения, которые принцип верховенства права накладывает на политических лидеров. Разделенный суверенитет либерализма, в смысле разделения властей между государственными институтами, в этом случае отвергается. Популистское понимание закона отрицает его замкнутую, самодостаточную и самореферентную природу и подчеркивает политическую природу закона. Поэтому для популистов закон всегда должен быть выражением «национального интереса». К. Моравецкий, временный спикер польской нижней палаты сейма, объяснил это так: «благо

нации выше закона. Если закон противоречит этому благу, то мы не можем относиться к нему как к чему-то, что мы не можем нарушить» [цит. по: 3, р. 550].

Наконец, популисты критикуют либеральное понимание верховенства права за его акцент на индивидуализме, поскольку это разрушает единство, разделяет государство, ослабляет его полномочия по принятию решений и делает государство открытым для международного влияния. Иными словами, в популистском конституционализме закон сам по себе не может быть легитимным и прочным основанием для политического сообщества, скорее наоборот: закон должен быть выражением политической воли такого сообщества. При этом важно учитывать, что это критическое отношение разделяют и граждане соответствующих государств. Как отмечает Б. Бугарыч, «конституционный либерализм находится в большой опасности, когда его основные принципы больше не пользуются широкой демократической поддержкой. Роль закона и конституционных сдержек и противовесов является менее существенным оплотом против отступления от либеральных ценностей, чем это традиционно предполагается в юридической литературе» [4, р. 599];

4) практический подход популистов к закону основан на инструментализме, который мобилизует закон во имя общих, коллективных целей. Отношение популистов к конституции следует рассматривать через призму общей негативной оценки либерального конституционализма, что проявляется в преуменьшении статуса конституции как жесткого, высшего закона (краеугольный камень либерального конституционализма). Важным аспектом инструменталистского подхода популистов является частота изменений конституции. Это объясняется тем, что для популистов конституция несет в себе все рассмотренные выше проблемы, требующие радикального решения. Следовательно, для быстрого изменения существующего порядка и создания «подлинно суверенного и независимого конституционного государства», как в проекте Четвертой республики в Польше, необходим пересмотр Конституции.

При этом проявляться такое инструментальное отношение может в двух формах. Первая – это попытки обхода. Здесь наиболее наглядным примером является Франция, где, как было отмечено выше Э. Макрон консолидировал как исполнительную, так и законодательную власть через движение, действующее вне существующей структуры политических партий.

Второй вариант – это захват контроля над всей политической системой посредством пересмотра конституции (как в Венгрии, Турции или Венесуэле), либо посредством подрыва независимости высших судов, посредством изменения порядка их формирования и функционирования (как в Польше). Причем, данный подход важен не только для укрепления позиции популистских лидеров, но как символическое подтверждение обновления политического единства. Вот почему популисты сегодня склонны поддерживать не только крупномасштабные конституционные изменения, но и все атрибуты конституционных изменений, включая референдумы, учредительные собрания и другие церемонии одобрения. И этот момент особенно важен, поскольку, с либеральной точки зрения, популистский конституционализм ведет к кризису правового государства и усиливает произвол политического режима. Однако, как отмечает Дж. Паломбелла, если мы хотим получить аналитическое представление о популистском конституционализме, нам нужно избегать упрощенного противопоставления не произвольных, хорошо функционирующих систем верховенства права произвольным, неуправляемым популистским режимам. Верховенство права призвано служить ограничением для правящих классов, но при этом забывается об общественном характере правовых режимов. Этот аспект высвечивает потенциальную произвольность права, которая расходится с «воспринимаемой нормативной законностью, составляющей смысл существования государства» [цит. по: 3, р. 547]. На эту последнюю, политическую идею закона или *droit politique* ссылаются популистские силы, оправдывающие свои действия указанием на отчуждение общества от навязанных ему норм и правил. Таким образом, инструментализм популистов в отношении конституции отражает идею о том, что право должно служить потребностям и ценностям людей, а не интересам элит или абстрактным внешним интересам. Популистские правительства большинства стремятся взять на себя роль учредительной власти, чтобы освободить народ от ограничений либерального режима.

Таким образом, получивший широкое распространение во всем мире популистский конституционализм высвечивает и обостряет давно назревшие конституционные проблемы современных либеральных демократий. Популисты пытаются дать собственный ответ на эти проблемы, предложить новые нарративы и, возможно,

найти принципиально новые формы политических режимов, отличные от существующих. Безусловно, это удастся далеко не всегда, поскольку конструкции популизма крайне хрупки и во многом обусловлены исторически сложившимися местными условиями. Вместе с тем популистский конституционализм требует глубокого научного изучения и как явление политической жизни, и как новое явление в конституционализме.

Список литературы

1. Евросоюз на перекрестке внутренних и внешних вызовов (аналитический доклад РИСИ) // Проблемы национальной стратегии. – 2018. – № 5 (50). – С. 13–53. – URL: <https://riss.ru/article/14753/> (дата обращения: 10.01.2021).
2. Худoley К., Еремина Н. Брексит: Новый «старый» выбор Великобритании // Современная Европа. – 2017. – № 3(75). – С. 28–36. – URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/breksit-novyyu-staryuu-vybor-velikobritanii> (дата обращения: 10.01.2021).
3. Blokker P. Populism as a constitutional project // International journal of constitutional law. – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 536–553. – URL: <https://doi.org/10.1093/icon/moz028> (дата обращения: 10.01.2021).
4. Bugarič B. Central Europe's descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism // International journal of constitutional law. – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 597–616. – URL: <https://doi.org/10.1093/icon/moz032> (дата обращения: 10.01.2021).
5. Howse Robert Epilogue: In defense of disruptive democracy—A critique of anti-populism // International journal of constitutional law. – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 641–660. – URL: <https://doi.org/10.1093/icon/moz051> (дата обращения: 10.01.2021).
6. Kunzmann Klaus R. Smart cities after Covid-19: Ten Narratives // The planning review. – 2020. – Vol. 56, N 2. – P. 20–31. – URL: <https://doi.org/10.1080/02513625.2020.1794120> (дата обращения: 10.01.2021).
7. Piketty T. Brahmin Left vs Merchant Right: Rising inequality and the changing structure of political conflict (Evidence from France, Britain & the US, 1948–2017). – 2018. – 180 p. – URL: <http://piketty.pse.ens.fr/files/Piketty2018.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).
8. Walker Neil Populism and constitutional tension // International Journal of Constitutional Law. – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 515–535. – URL: <https://doi.org/10.1093/icon/moz027> (дата обращения: 10.01.2021).

СКУРКО Е.В.¹ «ЛИЦО» ПОПУЛИЗМА: ПОЛИТИЧЕСКОЕ И ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗМЕРЕНИЯ. (Обзор).

Аннотация. Современные политико-правовые процессы в мире все более пронизываются веяниями популизма. Изучение популизма в политико-правовых исследованиях занимает все более существенное место. Ряд новейших исследований по проблемам популистского конституционализма и особенностям юридического популизма представлены в обзоре.

Ключевые слова: конституционализм; популизм; авторитаризм; демократия; популистский конституционализм; юридический популизм.

SKURKO E.V. The «Face» of populism: Political and legal dimensions (Review).

Abstract. Modern political and legal processes in the world are increasingly permeated by the trends of populism. Studies of populism in political and legal research become increasingly important. A number of recent studies concerned the problems of populist constitutionalism and the peculiarities of judicial populism are represented in the review

Keywords: constitutionalism; populism; authoritarianism; democracy; populist constitutionalism; judicial populism.

Изучение популизма, его видов в политико-правовых исследованиях занимает все более существенное место. Ряд новейших публикаций по рассматриваемой теме представлены в данном обзоре.

Как отмечает Дэвид Ландау, профессор и заместитель декана международных программ колледжа права Государственного уни-

¹ Скурко Е.В., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

верситета Флориды, с появлением все большего числа политических лидеров популистского толка на Западе, таких как президент Дональд Трамп и Марин Ле Пен, исследование популизма становится центральной проблемой (4).

С целью лучшего понимания проблемы, которую популисты ставят перед либерально-демократическим конституционализмом, Д. Ландау пытается прояснить функции конституции в популистских режимах. По его мнению, конституционные изменения при популизме играют три ключевые функции: 1) деконструкция старого режима; 2) консолидация власти и 3) идеологическая критика существующего опыта либерально-демократического конституционализма (4, р. 521).

Двусмысленность, присущая популистским конституционным проектам, полагает Ландау, неизбежна: они выступают и как обещания улучшить либеральную демократию, и как попытки отойти от нее. Однако со временем последнее измерение может стать все более явным, поскольку популисты считают либерально-демократический конституционализм препятствием на пути реализации своих политических проектов. С этой точки зрения, для тех, кто заинтересован в ответе на вызов, брошенный популизмом, соответствующий научный анализ должен пролегать по двум направлениям: 1) предотвращение наиболее существенных негативных последствий популизма для либеральной демократии путем установления границы социально-правовых реформ; 2) формирование убедительной аргументации в пользу либерально-демократического конституционализма и блокирования популистов в случае проведения антидемократических изменений (4, р. 523).

В первом направлении цель – принять меры, препятствующие популистам использовать инструменты конституционной реформы для закрепления у власти на длительный период. Например, ввести ограничения на проведение конституционных поправок, либо, как в случае Венгрии и Польши – пытаться предложить механизмы сдерживания «внутренних» шагов в направлении авторитаризма. Таковые были предложены ЕС этим странам. Трудность заключается в том, чтобы определить баланс, позволяющий, с одной стороны, не препятствовать изменениям, т.е. служить обновлению в русле либерально-демократических ценностей, с другой – препят-

ствовать внедрению популистских взглядов и подходов в социально-правовую практику. Основные опасения в данном вопросе состоят в том, что выполнение обеих функций одновременно может оказаться затруднительным и даже невозможным: успешный проект, ограничивающий проблематичные формы конституционных изменений, может также препятствовать «омоложению» либерально-демократического конституционализма [4, р. 543].

Во втором направлении – важной задачей рассматривается разработка наиболее убедительных аргументов в пользу либерально-демократического конституционализма. Популистский конституционализм, на практике, является (или, по крайней мере, стремится стать) вызовом либеральной демократии. Он использует реальные (или предполагаемые) слабости либерально-демократического конституционализма, чтобы доказать, что нелиберальные формы правления лучше отражают социальный запрос, отвечают потребностям населения. В указанном аспекте недостаточно просто обнаружить и искоренить нелиберальные практики и подходы: лучшей защитой от потенциально разрушительного воздействия популизма, по мнению Д. Ландау, может стать прочная конституционная культура, защищающая социально-правовую систему от эрозий подобного рода. Такого рода конституционная культура должна основываться на принципах, обеспечивающих стабильность, социально-экономическое равенство и интеграцию для своих граждан. С этих позиций, в представлении Д. Ландау, «популизм должен мыслиться как зеркало, побуждающее нас противостоять слабостям либеральной демократии и эффективно реагировать на них» [4, р. 543].

П. Блоккер, доцент Университета Болоньи и научный сотрудник Карлова университета в Праге, в отличие от Д. Ландау, полагает, что проблема взаимосвязи популизма и конституционализма не должна сводиться, как это зачастую делают исследователи, к их противопоставлению или рассмотрению популизма как угрозы конституционной демократии [2]. По его мнению, необходим более системный анализ происходящего процесса: на данный момент как сравнительная, так и теоретическая трактовка популистского конституционализма, его особенностей и различных проявлений пока отсутствует [2, р. 332].

Общий подход к популизму, утверждает автор, проявляется в логике «друг – враг», которая эффективно мобилизует рядовых граждан, объединяет их в «единый народ» и наряду с этим критикует либерально-демократический статус-кво «во имя народа». Либеральная демократия, как указывает П. Блоккер, в представлениях популистов, оказывается недостаточна для продвижения «народного суверенитета». Наблюдения показывают, что решающую роль в популистских проектах играет конституционность власти [2, р. 333].

Обращение популистов к «народу» – это не только вопрос укрепления формального политического дискурса, но и реальная конституционная политика, затрагивающая более высокое измерение правового и политического сообщества, распределение полномочий, правотворчество и правоприменение. Популизм, полагает П. Блоккер, следует относить к более высокому уровню правового и политического сообщества: популист обращается к «народу» как к учредительной власти, на которую только и может опираться политическое сообщество.

С этой точки зрения, связь популизма и конституционализма обусловлена приоритетом – для популизма – реальной конституционной политики, и эта связь, во взглядах популистского политического проекта, является крайне существенной, что, как замечает П. Блоккер, в значительной степени игнорируется, например, в исследованиях политической науки о популизме.

Каким образом будет реализовываться конституционная политика и как она повлияет на существующий конституционный строй, в значительной степени зависит от программ и планов той или иной популистской силы. Ключевым препятствием для всех популистских проектов во многом выступают существующие правовые конституционные институты: в рамках популистских взглядов и подходов такие институты воспринимаются как препятствие реальному и подлинному народному суверенитету. При этом, представления представителей различных популистских движений о реформировании, использовании либо устранении тех или иных правовых конституционных институтов, существенно расходятся [2, р. 333].

П. Блоккер в своем исследовании защищает следующие позиции:

1) существует опасность смешения современного конституционализма с правовым конституционализмом и понимания его как исчерпывающего возможности конституционализма. В этом случае, по его мнению, не учитываются потенциальные недостатки правового конституционализма, которые, в свою очередь, могут подвергаться критике и, соответственно, вызывать ответную реакцию;

2) если популизм сводить к угрозе конституционализму, как это следует из большей части современной литературы, становится трудно провести различие между формами популистских притязаний на конституцию (включая инклюзивные и демократические притязания), а также различными взаимодействиями и отношениями в рамках конституционной политики;

3) хотя конституционализму и популистским притязаниям на транснациональном уровне почти не уделяется внимания, в европейском контексте транснациональные формы популизма и конституционной политики проявляются достаточно часто и проявляется в резкой критике европейской конституционной и политической действительности, что способствует переосмыслению и демократизации европейской конституционной реальности [2, р. 333].

Ключом к пониманию популизма, по П. Блоккеру, является необходимость различения правового и политического конституционализма. Концепция политического конституционализма бросает вызов концепции правового конституционализма в том, что базируется на принципиально отличном понимании роли и сущности конституции и ее отношения к демократическому правлению. Для политического конституционализма конституция не представляется как свод фундаментальных принципов и норм, ревниво охраняемых судами, но видится как документ, устанавливающий своего рода рамки для демонстрации и высвобождения возможностей самоуправления и общего блага. Политический конституционализм подчеркивает идеи политического равенства и господствующую роль парламентаризма [2, р. 337].

Таким образом, политический конституционализм открывает двери влиянию политики на право, постоянному общественному диалогу в стремлении к народному согласию, в том числе посред-

ством развития законодательства, отражающего все многообразие точек зрения и позиций, представленных в обществе [там же].

Именно с позиций политического конституционализма с наибольшим успехом подвергается критике правовой конституционализм. Политический конституционализм, с точки зрения автора, демонстрирует свою эффективность при продвижении таких политических контрпроектов, как Брекзит, а также популистские режимы в Центральной и Восточной Европе [2, р. 339].

Вместе с тем возвращаясь к популистскому конституционализму, его вариациям, автор утверждает, что отношение популизма и конституционализма не могут быть сведены к простой анти-тезе [2, р. 342]. Ошибка, которую допускают исследователи при исследовании этого вопроса, – наделение популизма такими свойствами, как антилиберальность, этно-националистичность, склонность к авторитаристским идеям и практикам. По мнению П. Блоккера, популизму в принципе присуща логика: «друг – враг» при осуществлении политической мобилизации; критическое отношение к либеральной демократии; принципиальная роль конституционного строительства для популистских проектов. Разнообразие в популистских подходах возникает вследствие реализации инклюзивных либо эксклюзивных форм популизма; реформаторских либо революционных подходов; национальных либо транснациональных его проявлений [2, р. 343].

Боян Бугарич, профессор права Школы права Университета Шеффилда, также полагает, что неправильно сужать популизм до однообразного набора элементов, исчерпывая его противопоставлением конституционализму – «по определению» [3]. Популизм, по мнению исследователя, – это двуликий Янус, обращенный одновременно в разные стороны. Существует не одна форма популизма, а различное множество, при этом каждая его форма имеет глубоко различные политические последствия. Несмотря на нынешнюю гегемонию авторитарного популизма, возможны и другие виды популизма: демократический и «антиистеблишментский» популизм, включающий в себя элементы либеральных и демократических убеждений. Вместе с тем, как полагает автор, без понимания политэкономических причин происходящих процессов, трудно понять истинные корни популизма, а, следовательно, и

развивать демократическую альтернативу широко распространенному сегодня авторитарному популизму [3, р. 390].

Характерным для большинства проявлений в современном популистском всплеске является преобладание авторитарных над демократическими оттенками популизма. Авторитарные популисты не только осуществляют нападки на политику, реализуемую на основе институтов, сложившихся в современном порядке, но довольно часто бросают вызов самим этим основам – основам либерального порядка как такового [3, р. 390].

Как получилось, что авторитарный популизм стал таким мощным? По мнению исследователя, популистская реакция представляет собой запоздалый ответ на действие сил, поддерживающих идею свободных рынков и считающих, что, когда рынки «отстраняются» от своих обществ и создают серьезные социальные потрясения, люди в конце концов восстают. Во многих странах только популистские партии утверждают, что существует реальная альтернатива – альтернатива неолиберальной глобализации [3, р. 391].

«Глядя на нынешнюю “популистскую карту мира”, – пишет Б. Бугарич, – мы тем не менее можем найти примеры демократических популистов, которые стремятся защитить демократию, сделав ее более “отзывчивой”, справедливой и инклюзивной. Такие политические течения, партии и лидеры, как правило, сочетают популистский дискурс, осуждающий коррупцию, господствующие партии, политику и политиков, с одобрением социально-либеральных взглядов, левой экономической политики, инклюзивности и др. Это, например, испанская партия Подэмос, греческая Сириза, Левая партия в Германии, Социалистическая партия в Нидерландах, а также Берни Сандерс, Элизабет Уоррен и Александрия Окасио-Кортес – в США. Эти примеры демократических, либеральных, социально инклюзивных форм популизма достаточно ясно показывают, что авторитаризм и антиплюрализм не обязательно являются ключевыми элементами популизма. Несмотря на нынешнюю гегемонию авторитарного популизма, возможен совершенно иной вид популизма – демократический и антиистеблишментский популизм, сочетающий в себе элементы либеральных и демократических убеждений [3, р. 395].

Б. Бугарич полагает, что только развитие альтернативной экономической и социальной политики сегодня может остановить рост популизма, в том числе в Европе. Автор настаивает, что только экономическая политика, которая способствует росту, улучшению рабочих мест, заработной платы и социальной интеграции может противостоять националистической волне, и, чтобы история не повторилась, Европа должна начинать действовать немедленно [3, p. 398].

Юридические аспекты проявлений популизма рассматривают также А. Бернштейн из Школы права Университета Баффало, и Глен Сташевский, представляющий Колледж права Мичиганского государственного университета. Речь идет о «юридическом популизме», отражающем популизм в правовой сфере, продвигающий его практики и подходы в сфере юриспруденции [1].

Как указывают авторы, подобно политическому популизму, юридический (судебный) популизм настаивает на том, что существуют ясные и простые ответы на сложные и спорные проблемы, а всякое несогласие с таким подходом, в том числе другие мнения и позиции, считает «нелегитимным». Юридический популизм, утверждают авторы, принижает институты республиканской демократии и претендует на единственно верное толкование закона. Он позиционирует себя как исключительного представителя единого народа, который «сцепился в битве с элитой, ведущей подрывную деятельность в обществе» [1, p. 1].

В то время как политический популизм был признан в корне недемократическим, юридический популизм не просто избежал этой судьбы, но и прочно укореняется в правовой теории и юридической практике. По мнению авторов, юридическому популизму свойственен ряд риторических приемов, имитирующих неоспоримость защищаемых им «истин», даже когда посыпки его силлогизмов ошибочны, а выводы не подкреплены.

Поразительно, что риторический успех юридического популизма заставил сторонников других подходов защищаться. А. Бернштейн и Г. Сташевский критически осмысливают природу этого успеха и пытаются развенчать ее, поскольку полагают, что юридический популизм в принципе противоречит и подрывает принципы и обязательства республиканской демократии, в которой предполагается плюрализм взглядов и интересов, опосредующих их ин-

ституты, позволяет вести постоянный диалог о средствах и целях между людьми, которые конкурируют и сотрудничают [1, р. 43].

Как подчеркивают авторы, вместо того чтобы уступить юридическим популистам моральную победу в интерпретации деклараций и законов, «мы должны следовать правовой теории, отражающей принципы и ценности республиканской демократии: “демократическое судейство” должно противопоставить себя юридическому популизму» [1, р. 44]. Речь должна идти прежде всего о том, что предполагаемый минимализм, якобы присущий юридическому популизму, в действительности не дает единственно верных ответов, и, как правило, уводит от нормативных аргументов и подменяет их личным усмотрением судей. Методы юридического популизма внутренне непоследовательны и не представляют собой нейтральных механизмов для поиска истины закона или выявления воли народ [там же].

А. Бернштейн и Г. Шташевский считают, что юридический популизм и его претензии на свою уникальную легитимность должны быть отвергнуты. Юридическому сообществу следует придерживаться разумных суждений и интерпретационного плюрализма в правовой сфере. Необходимо сохранить юридические дебаты и открытый диалог, который популисты пытаются подменить в правовой сфере своим «неправдоподобным минимализмом» («implausible minimalism»), заменяющим им традиционные представления о судебном усмотрении. Это, кроме того, означает, что пришло время требовать от судей представлять обоснование своих решений по существу – в то время как все большее распространение получает практика, что суды позиционируют себя стоящими «над» законотворческой системой либо придерживаются идеи, что простые и грубые методы способны дать правильные ответы на сложные вопросы и проблемы. «Мы должны отказаться от юридического популизма в пользу республиканской демократии в юридическом толковании», – резюмируют авторы [1, р. 44–45].

Список литературы

1. Bernstein A., Staszewski G. Judicial populism. – 2020. – 45 с. – Mode of access: <https://ssrn.com/abstract=3694132> (дата обращения: 12.01.2021).
2. Blokker P. Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension // German law journal. – Frankfurt am Main, 2019. – Vol. 20. – P. 332–350.

3. Bugaric B. The two faces of populism : Between authoritarian and democratic populism // German law journal. – Frankfurt am Main, 2019. – Vol. 20. – P. 390–400.
4. Landau D. Populist constitutions // The University of Chicago law review. – Chicago, 2018. – N 85. – P. 521–543.

УДК 34.01

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.02.05

АЛФЕРОВА Е.В.¹ ПОПУЛИЗМ КАК СОВРЕМЕННЫЙ ВЫЗОВ ДЕМОКРАТИЧЕСКОМУ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМУ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре представлены точки зрения ученых на популизм и его влияние на демократию, а также их ответы на актуальный вопрос: несет ли популизм действительную угрозу демократии или этот феномен используется властью, чтобы отмахнуться от законных интересов граждан. Одни считают, что единственный способ спасти демократию – это продвигать «прогрессивный популизм», другие – видят в нем явную опасность. Альтернативные подходы описывают популистские тенденции в отношении демократического и либерального конституционализма.

Ключевые слова: конституционализм; популизм; демократия; либеральная демократия; прогрессивный популизм; либеральный конституционализм, конституционная идеология.

ALFEROVA E.V. Populism as a modern challenge to democratic constitutionalism. (Review).

Abstract. The review presents the views of scientists on populism and its impact on democracy, as well as their answers to the actual question: whether populism is a real threat to democracy or whether this phenomenon is used by the authorities to dismiss the legitimate interests of citizens. Some believe that the only way to save democracy is to promote «progressive populism», while others see it as a clear danger. Alternative approaches describe populist tendencies towards democratic and liberal constitutionalism.

Keywords: constitutionalism; populism; democracy; liberal democracy; progressive populism; liberal constitutionalism, constitutional ideology.

¹ Алферова Е.В., ведущий научный сотрудник, заведомо правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Важным вопросом при изучении происходящих в современном конституционализме процессов является прежде всего понимание соотношения популизма с демократией, точнее – с либеральной демократией, критерием которой являются защита гражданских прав, верховенство закона и наличие развитых политических институтов. Относительно этой проблемы существуют различные точки зрения и множество сравнительных исследований, анализирующих трансформацию демократических институтов под напором популистских настроений народа¹.

С точки зрения известного российского ученого А.Н. Медушевского, популизм – это тип негативной (протестной) социальной мобилизации, возникающей в результате кризиса завышенных общественных ожиданий в условиях эрозии привычной социальной идентичности. В качестве основных его элементов рассматриваются: кризис идентичности (ситуация когнитивного диссонанса); идеологическая аморфность (гибридные идеологические конструкции и произвольное изменение их содержания); появление некоего мифа, способного аккумулировать энергию социального протеста; спонтанность массового движения и ограниченная способность традиционных элит противостоять ему в рамках существующих системных правил; эскалация завышенных социальных ожиданий (предполагающих немедленное осуществление популистских лозунгов); выраженные признаки негативной социальной мобилизации (давление масс на институты); общая деструктивная ориентация на разрушение доминирующих ценностей и принципов правовой системы; эгалитаристская (антиэлитарная) направленность; необремененность социальной и исторической ответственностью за свои действия (узкий горизонт планирования); непрочность и историческая кратковременность (размывание социальной опоры после прихода к власти по мере рутинизации ха-

¹ См.: Howell W.G., Moe T.M. Presidents, populism, and the crisis of democracy. – 2020; Bauer B., Goldsmith. After Trump: Reconstructing the presidency. – 2020; Posner E.A. The demagogue's playbook: The battle for American democracy from the founders to Trump. – 2020; Howell W.G., Moe T.M. Relic: How our Constitution undermines effective government--and why we need a more powerful presidency. – 1 st ed. – 2020; Levitsky S., Ziblatt D. How democracies die. – 2019, и др. – URL: <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/P/bo58173644.html> (дата обращения: 04.01.2021).

ризмы, т.е. столкновения мифа и политической реальности) [2, с. 114].

Краткое представление точек зрения ученых на популизм и его влияние на демократию представлен в статье Мирильяс Азад оглы Агаева (Институт философии РАН) «Влияние популизма на демократию в контексте современной политической теории» [1]. Приведем лишь некоторые характерные цитаты (в статье называются фамилии авторов и источники, мы же сошлемся только на указанную статью, которая доступна в электронной научной библиотеке), отражающие разные и противоречивые стороны популизма: «популизм – это не аномалия, а как “дух эпохи” (“zeitgeist”); «популизм а priori не оказывается чем-то чуждым и противоположным демократии, он в этом смысле не антидемократичен»; «популизм предлагает альтернативу либеральной демократии, в которой права “народа” важнее индивидуальных прав»; «популизм исходит из редукционистского понимания демократии, в котором “народ” выступает источником власти»; «популизм – это любая нелиберальную демократическая практика»; «популизм может как корректировать демократию, так и исказить ее содержание»; «направленность популизма зависит от того, насколько устойчивыми являются политические институты и насколько укоренены ценности демократии в обществе»; «популизм – патологическая форма демократии»; «в нем отсутствует терпение к акцентированию внимания либерализма на процедурных процессах и правах человека»; «популизм враждебен либерализму и принципам конституционной демократии»; «популисты политизируют исключенные вопросы, указывая на сбои в функционировании демократии и требуя лучшего политического представительства и участия»; «популизм – это способ репрезентации, который стал частью мейнстримной демократической политики»; «популизм – “зеркало демократии”», «он очищает демократию от противоречий» [1, с. 48].

Таким образом, в целом можно говорить о трех точках зрения. Согласно первой, популизм предстает как «диагноз» и даже «болезнь» современной демократии, искажая ее суть. Согласно второй точке зрения, напротив, популизм выявляет проблемы демократии, формулирует их и поднимает эти вопросы. Третье мнение выражает нейтральную позицию, подчеркивая, что популизм

некорректно описывать оценочными категориями. Последний имеет как положительный, так и отрицательный эффект на систему. Акцентуализация той или иной черты популизма зависит от характера системы и политического режима, принятых ценностей и реально действующих правил игры [1, с. 48].

Представляет ли популизм действительно угрозу демократии или этот термин просто используется господствующими политиками, чтобы отмахнуться от законных интересов граждан? – вопрос, который был поставлен перед некоторыми учеными, главным образом – политологами [7]. Их лаконичные ответы приведем ниже.

Жолт Энъеди (Zsolt Enyedi), профессор кафедры политологии и проректор Центрально-Европейского университета, считает, что *«популизм действительно представляет угрозу демократии – и положительные аргументы в его пользу довольно слабы»*. Однако автор признает, что *«технократическое правление, элитарность или цензура, замаскированные под политическую корректность, нуждаются в противоядиях. Но популизм – не единственная альтернатива. Непосредственный вклад граждан можно поощрять, не проецируя на них однородность»* [цит. по: 7]. *«В развитых демократиях более актуальный, негативный аспект популизма заключается в том, что он подрывает цивилизованность отношений между гражданами, уважение к достоинству политических оппонентов и групп меньшинств и ослабляет культуру аргументированных дебатов»*. *«Величина негативного влияния популизма на демократию варьируется, но всегда больше нуля»* [там же].

Шанталь Муфф (Chantal Mouffe), профессор политической теории в Вестминстерском университете, полагает, что *единственный способ спасти демократию – это продвигать «прогрессивный популизм»*. В этих целях, считает она, необходимо провести беспристрастный анализ проблем, с которыми сталкиваются демократии и наметить пути оживления и укрепления демократических институтов в борьбе с опасностями, которым они подвергаются. Эти опасности проистекают, с ее точки зрения, из отказа партий, представляющих себя «демократическими», от принципов народного суверенитета и равенства, которые являются конститутивными для демократической политики. Следствием неолиберальной гегемонии стало установление на социально-экономичес-

ком и политическом уровнях подлинно «олигархического» режима. Именно эта олигархизация европейских обществ лежит в основе успеха правых популистских партий. Они часто единственные, кто осуждает эту ситуацию и обещает вернуть народу власть, конфискованную элитами. Во многих странах, проводя политическую границу между «народом» и «истеблишментом», они сумели сформулировать в ксенофобной лексике требования народных слоев, которые игнорировались партиями центра, поскольку они были несовместимы с неолиберальным проектом. Чтобы остановить их рост, крайне важно решить вопросы, которые они поставили на повестку дня, и предложить им прогрессивный ответ. Единственный способ сделать это – продвигать прогрессивный популизм, который смог бы мобилизовать общие силы на достижение равенства и социальной справедливости [7].

Яннис Ставракакис (Yannis Stavrakakis), профессор анализа политического дискурса в Университете Аристотеля в Салониках, утверждает, что именно *антипопулизм может быть реальной угрозой демократии*, а популизм – источник демократического обновления. Сегодня в исследованиях популизма формирующийся консенсус медленно выходит за рамки антипопулистских стереотипов, чтобы определить популизм более рефлексивным образом: популизм в первую очередь понимается как специфический тип дискурса или идеологии, который претендует на выражение народных интересов и требований («воли народа») против «истеблишмента», или элиты, которая рассматривается как подрывающая их и препятствующая их удовлетворению [7].

Недвусмысленное осуждение популизма как угрозы демократии, иногда как единственной, по мнению Я. Ставракакиса, опасно для подлинно плюралистической и агонистической демократии не только потому, что антипопулисты пренебрегают огромным разнообразием прогрессивных популистских проектов, но и потому, что, демонизируя их и саботируя их эгалитарное политическое воздействие, институциональный антипопулизм косвенно позволяет фальшивым авторитарным вариантам представлять себя единственной силой, способной якобы бросить вызов все более неравному, несправедливому и разобщенному статус-кво [7].

К взглядам Я. Ставракакиса на популизм близка позиция Джона Фитцгиббона (*John Fitzgibbon*), руководителя программы в Бостонском колледже, адъюнкт-профессора европейской политики в Кентерберийском университете Крайст-Черч [7]. Он убежден, что *популисты – это не антидемократия, это антилиберальная демократия*. Популисты, подчеркивает Дж. Фитцгиббон, видят в либеральной демократии и ее основных ценностях – верховенстве закона, представительной демократии и защите меньшинств – коренную причину их *bête noir*¹. Успех современного популизма, автор усматривает в том, что популизм более точно идентифицирует важнейшие институты либеральной демократии с элитой.

Наиболее явными примерами популистской критики национальной деградации и глобалистской «культуры» являются сегодня иммиграция, либеральные социальные ценности и либеральная демократия. Популизм, подчеркивает Д. Фитцгиббон, уже давно ассоциируется с противодействием иммиграции и либеральным социальным ценностям, таким как однополые браки. В последнее время, по мере роста своего влияния, популисты стали сосредоточивать свою оппозицию «элите» на ряде вспомогательных институтов и акторов. Судьи, журналисты и ученые стали мишенями для популизма, поскольку они являются воплощением глобализационной элиты, которую популисты и их избиратели изблещают. Нарратив популизма перешел в оппозицию к институтам и акторам, которые способствуют политике жесткой экономики, иммиграции, рыночным реформам, которым они противостоят [там же].

Другой точки зрения придерживается Рут Водак (*Ruth Wodak*), почетный профессор дискурсивных исследований в Ланкастерском университете и член Венского университета. *Правые популистские партии, считает она, представляют собой явную краткосрочную и долгосрочную угрозу*. В обоснование своей точки зрения, Р. Водак проводит различие между левым и правым популизмом, а поскольку оба популизма являются политическими идеологиями, проявляющимися в конкретных программах и практиках, она сосредоточивается на правых популистских партиях

¹ *Bête noire* («черный зверь») – французская идиома, относящаяся к чему-то, что сильно не любят или чего избегают.

(ультраправых или радикальных). Для всех партий этой группы характерны пять признаков: нативизм / этнонационализм, антиэлитарность, авторитаризм и «политика законности и порядка», консервативные ценности в определенной контекстно-зависимой комбинации. «Там, где правые популистские партии фактически получили большинство голосов (например, в Турции, Польше и Венгрии), – утверждает Р. Водак, – они сразу же попытались дестабилизировать основные демократические институты (в средствах массовой информации, юстиции и образовании) и дистанцироваться от конституционных демократических принципов, таких как разделение властей и Конвенции по правам человека» [цит. по: 7].

Как видим, популизм рассматривается с разных точек зрения и не только как разрушительное явление, оспаривающее конституционные нормы, верховенство закона и разделение властей. Альтернативный подход к популизму проявляет в своих многочисленных публикациях П. Блоккер, адъюнкт-профессор кафедры политической социологии и предпринимательского права Болонского университета, доктор философии. В одном из своих эссе «Популистское нападение на конституцию» в книге «Множественный популизм: Италия как зеркало демократии» [6], анализируя феномен популизма применительно к современному конституционализму, он раскрывает не только его консервативную природу прежде всего в отношении либерального конституционализма, но и в равной степени подчеркивает противоположный подход к конституционализму, который представляет собой популизм. Автор «деконструирует» популизм в его отношении к конституционализму, утверждая, что продвижение мажоритаризма составляет основное отношение популистов к конституции, к закону. Популистское отношение к закону – это критическое отношение, которое автор предлагает понимать, как юридический скептицизм или «правовое негодование» [6, р. 196–197]. Если же говорить в целом о книге, в ней содержится всесторонняя интерпретация многочисленных проявлений популизма на примере Италии, единственной страны среди конституционных демократий, в которой популистские политические силы были в правительстве с начала 1990-х годов.

Популистские тенденции в отношении конституционализма в контексте итальянского «сезона конституционных ре-

форм» (начавшегося в начале 1990-х годов) П. Блоккер рассматривает также в эссе «Популизм и конституционная реформа. Случай с Италией», включенной в книгу «Вызовы демократии в 21 веке» [5]. В этой части данного издания автор оценивает весомость популистских аргументов в период конституционной реформы в Италии с начала 1990-х годов. Два неудачных проекта реформ – соответственно, предпринятых правительством С. Берлускони в 2004–2006 гг. и правительством М. Ренци в 2014–2016 гг. – рассматриваются в свете трех типичных аспектов взаимодействия популизма и публичного права: мажоритаризма, инструментализма и правового возмущения. Эти попытки конституционной реформы не увенчались успехом, однако популистская позиция, как предполагает П. Блоккер, стала преобладающей в итальянских дебатах о конституционной политике [там же].

Несмотря на то что участие консервативных, популистских правительств в конституционной реформе и разработке конституции воспринимаются как серьезная угроза верховенству права и демократии в Европейском союзе и конституционалисты часто предполагают взаимное исключение отношений между популизмом и конституционализмом, П. Блоккер напротив утверждает, что, хотя популизм следует понимать как отказ от либерального конституционализма, он в равной степени представляет собой конкурирующую политическую силу в отношении определения конституционной демократии. В своей статье «Популизм как конституционный проект» [4] он впервые попытался описать популистский конституционализм в контексте двух основных конституционных традиций современности: модернистской и революционной. Обсуждая популистскую критику либерального конституционализма с акцентом на недавних случаях правого популизма у власти в Восточно-Центральной Европе, он выделяет и исследует в статье четыре аспекта: 1) народный суверенитет как ключевую обоснованную претензию популизма; 2) господство большинства как основной популистский способ правления; 3) инструментализм как юридико-практический подход популистов; 4) правовое возмущение как основное отношение популистов к публичному праву [4].

П. Блоккер утверждает, что в то время как популистская критика либерального конституционализма дает значительное понимание структурных проблем либеральной демократии, попу-

листский конституционализм в конечном счете не оправдывает своих собственных демократических обещаний.

Основной аргумент автор состоит в том, что популистские подходы к конституционализму и верховенству права должны быть поняты – по крайней мере частично – в их отличительной связи с правовым или либеральным конституционализмом. Популисты критикуют либерализм и ряд моментов либерального понимания конституционализма и верховенства права, в том числе тенденцию либерализма к деполитизации, дистанцированию и потенциальному отчуждению граждан от институтов. Они также утверждают, что акцент на правовой рациональности, нейтральности государства и формально-правовом процедурализме имеет тенденцию ослаблять политику из-за ее недостаточной потенциальности с точки зрения символического, сентиментального и коллективного участия. Популистский конституционализм поддерживает в этом плане программу, которая обещает сократить дистанцию между рядовыми гражданами и институтами. Популисты хотят напрямую связать людей с институтами и заново очаровать демократию, сделать ее значимой для своих граждан [4].

Важным направлением в популистском конституционализме, по мнению П. Блоккера, является претензия представлять непосредственно народ и преодолевать существенные ограничения на народное правление, которые они наблюдают в либеральном или легальном конституционализме, и ограничения, которые, в частности, связаны с независимостью судебной системы и закрытым характером правовой системы. Но делает ли притязание на неограниченное народное правление популизм демократическим проектом? – ставит резонный вопрос автор. С его точки зрения, ответ здесь – отрицательный: популизм опирается на демократические принципы, но делает крайние, односторонние выводы, тем самым он нарушает ключевые принципы демократического конституционализма, такие как плюрализм, инклюзивность и фактическое гражданское участие в конституционализме [там же].

Теме популизма и его влиянию на демократический конституционализм П. Блоккер посвятил и другие свои публикации, в том числе научную статью «Конституционное сопротивление в популистские времена» [3]. В этой статье Блоккер отходит от обсуждения *конституционной мобилизации* – «процесса, по-

средством которого социальные субъекты используют конституционные нормы и дискурсы для пропаганды конституционных изменений» – и вводит понятие *конституционного сопротивления*, т.е. публичного обращения к конституционным нормам и принципам в защиту конституционализма, в противовес правительственным или реформаторским действиям властей. Следует заметить, что конституционная мобилизация и сопротивление рассматриваются на теоретическом междисциплинарной и концептуальной основе; автор предполагает, что изучение критической роли социальных акторов в конституционной политике и в «конституционных конфликтах» остается до сих пор недостаточно изученным. Анализ конституционного сопротивления особенно актуален в контексте авторитарных обществ или демократических обществ, которые сталкиваются с растущими популистскими и авторитарными вызовами. В статье впервые кратко исследуются различные научные подходы, которые вносят значительный вклад в развитие политической социологии конституционной мобилизации. Затем в нем обсуждается конституционная мобилизация и особое внимание уделяется конституционному сопротивлению – до сих пор не изученному аспекту конституционной мобилизации. В качестве примера кратко рассматриваются конституционные реформы в Италии и Польше.

В связи с вышесказанным интерес представляет также статья Б. Лесива «Конституционное сопротивление как важнейшая способность современной демократии» [8]. По мнению автора этой статьи, каждый организм имеет не только свою собственную конституцию, но и свойство сопротивляемости, которое защищает его от внешнего вредного воздействия. Точно так же каждое демократическое государство должно иметь не только формальную конституцию и законное правительство, но и не менее важно – возможность оказывать конституционное сопротивление. Есть много достаточно изученных областей конституционного права, таких как конституционная законность или разделения властей, но цель данной статьи, подчеркивает автор, – раскрыть другую обособленную часть демократического механизма, которая может ответить на вопрос: почему недавно существовавшие государства с «конституционным легализмом» и «разделение властей» потерпели крах.

Теоретические основы конституционного сопротивления раскрываются Б. Лесивом через доктрины верховенства права и конституционного контроля, а также через труды основоположников западного конституционализма, таких как Дж. Мэдисон, Алексис де Токвиль, А. Дэйси, Э.-Ж. Сийес, Дж. Сартори и др. Оригинальная точка зрения автора основана на практике различных высших судов. Опыт конституционного кризиса в одних государствах и успешного конституционного сопротивления в других свидетельствует о практической ценности этого института для демократического общества. Такие размышления дают возможность предложить формулу конституционного сопротивления. «Конституционное сопротивление – это здоровье государства» [8, р. 84].

Список литературы

1. Агаев М. Азад оглы. Влияние популизма на демократию в контексте современной политической теории // Вестник Пермского университета. Политология / Bulletin of Perm University. Political Science. – 2020. – Т. 14, № 3. – С. 46–52.
2. Медушевский А.Н. Конституционная трансформация: Восточная Европа, постсоветское пространство и Россия // Полития. – 2018. – № 3 (90). – С. 113–143.
3. Blokker P. Constitutional resistance in populist times // Federal law review. – 2020. – URL: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0067205X20955102> (дата обращения: 04.01.2021).
4. Blokker P. Populism as a constitutional project // International journal of constitutional law (ICON). – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 1–22. – URL: https://www.researchgate.net/publication/328808860_Populism_as_a_Constitutional_Project (дата обращения: 04.01.2021).
5. Blokker P. Populism and constitutional reform: The case of Italy // Challenges to democracy in the 21 st century. – Cham : Palgrave, 2020. – P. 11–38. – URL: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-37401-3_2 (дата обращения: 04.01.2021).
6. Blokker P. The populist assault on the constitution // Multiple populisms: Italy as Democracy's Mirror / Ed. by Paul Blokker, Manuel Anselmi. – London ; New-York, 2019. – P. 196–215. – URL: <https://www.goodreads.com/book/show/45755811-multiple-populisms> (дата обращения: 11.12.2020).
7. Five views: Is populism really a threat to democracy? – URL: <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2017/07/24/is-populism-really-a-threat-to-democracy/> (дата обращения: 11.12.2020).
8. Lesiv B.V. Constitutional resistance as an essential ability of modern democracy // Legal concept =Правовая парадигма. – 2018. – Vol. 17, N 4. – P. 78–84.

ЗАХАРОВ Т.В.¹ ДИАЛЕКТИКА ДЕМОКРАТИИ И АВТОРИТАРНЫЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматриваются дискуссионные позиции ученых на конституционализм и его связь с авторитарным режимом, на теории, допускающие придание нормативного значения концепции авторитарного конституционализма. Описываются особенности проявления «авторитаризма» и пути привития конституционализма авторитарным режимам – эффективные институциональные ограничения власти в авторитарных государственных режимах. Раскрываются признаки авторитарного популистского подхода к конституционализму и его влияние на процессы трансформации демократии.

Ключевые слова: конституционализм; демократия; авторитаризм; популизм; авторитарный конституционализм; либеральный конституционализм; демократический конституционализм; авторитарные лидеры; авторитарный популизм.

ZAKHAROV T.V. Dialectics of democracy and authoritarian constitutionalism. (Review).

Abstract. The review presents the debatable positions of scientists on constitutionalism and its connection with the authoritarian regime, on the theories that allow giving a normative meaning to the concept of authoritarian constitutionalism. The article describes the features of the manifestation of «authoritarianism» and the ways of instilling constitutionalism in authoritarian regimes – effective institutional restrictions on power in authoritarian state regimes. The author reveals the signs of an authoritarian populist approach to constitutionalism and its influence on the processes of democratic transformation.

¹ Захаров Т.В., научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Keywords: constitutionalism; authoritarianism; populism; authoritarian constitutionalism; liberal constitutionalism; democratic constitutionalism; authoritarian leaders; authoritarian populism.

В современных условиях проблемы конституционализма осложняются широким распространением авторитарных методов воздействия в государствах с различными, в том числе демократическими, типами режимов государственного управления. В научной литературе обсуждается вопрос о признании авторитарных форм конституционного нормативного управления. Анализ показывает, что ученые занимают кардинально противоположные, взаимоисключающие позиции. Одни, рассматривая конституционализм как нормативную концепцию и следуя правилу дихотомии, выделяют либеральный конституционализм и противопоставляют ему авторитаризм. Если в основе первого, утверждают они, лежит защита прав человека и институты общественного самоуправления, то в основе второго – неограниченная дискреция власть имущих и полное отрицание прав человека. «Конституционализм, – утверждает Ч. Макилвейн, – имеет неотъемлемое качество – это правовое ограничение государственной власти; он является анти-тезой произвола в управлении; ему противопоставлено деспотичное государственное управление, основанное на воле, а не на праве» [цит. по: 4, р. 394].

Другие, например профессор права Гарвардской школы права М. Тушнет, выступают за введение в научный оборот идеи и понятия «авторитарный конституционализм», в котором «мы можем наблюдать отдельные устойчивые элементы конституционализма, служащие целям управления. Прагматическая защита может дать авторитарно конституционалистским режимам определенную степень нормативной легитимности» [4, р. 448, 454].

Редукционистский подход, с точки зрения А. Позас-Лойо, научного сотрудника Института правовых исследований Национального автономного университета Мексики, и Х. Риос-Фигероа, профессора политологии Центра исследований и обучения в области экономики (Мексика), *a priori* ведет к парадоксу, когда признание авторитарного режима конституционализмом облегчает ущемление правительством принципов, которые, как предполагается, должны конституционализмом обеспечиваться [3, р. 1, 3].

Конституционалисты относительно глубоко разработали нормативные концепции либерального конституционализма и авторитаризма. Однако они дали лишь поверхностный анализ пограничных типов режимов государственного управления, характеризующихся, обычно, как состояние перехода от авторитаризма к либеральной демократии (или обратно). Подобным образом долгое время характеризовались, к примеру, гибридные режимы. Однако в итоге ученые пришли к заключению, что они могут быть не менее стабильными, чем многие демократии [4, p. 394–395].

М. Тушнет выделяет три формы конституционализма, отличные от либерального: абсолютистский конституционализм (*absolutist constitutionalism*); конституционализм исключительного господства права (*mere rule of law constitutionalism*) и авторитарный конституционализм (*authoritarian constitutionalism*) [4, p. 396].

Если говорить об авторитарном конституционализме, ученые характеризуют его как особый тип режима, известный своим стремлением к злоупотреблению властью (Х. Линц), и устанавливать границы, в рамках которого власть должна существовать (С. Холмс) [цит. по: 3, p. 1].

С точки зрения М. Тушнета, авторитарный конституционализм – это система государственного управления, в которой совмещены целесообразно свободные и справедливые выборы, умеряемые ограничения индивидуальной свободы и репрессивный контроль свободы выражения мнения [4, p. 391].

Исследование соотношения понятий «конституционализм» и «авторитарный конституционализм», позволяет А. Позас-Лойо и Х. Риос-Фигероа, выделить два способа понимания данных категории. Первый – общий для политических и правовых наук, определяет конституционализм как систему принципов, институтов и практику, ограничивающую дискрецию государственной власти. В таком понимании термин «конституционализм» имеет равное семантическое значение при оценке и авторитарных, и демократических режимов. Второй способ рассматривает его лишь как способ использования норм и принципов конституционного права в авторитарных целях [3, p. 2, 4].

Однако и здесь ученые по-разному описывают особенности проявления «авторитаризма». Одни акцентируют внимание на использовании механизмов конституционных изменений с целью

сделать государство менее демократическим (*abusive constitutionalism*) (Д. Ландау). Другие указывают на злоупотребление чрезвычайными конституционными полномочиями, такими как чрезмерная концентрация полномочий в руках исполнительной ветви власти (Б. Лавмэн) [3, р. 4]. Авторитаризм может проявляться и в «жесткой» форме, когда все решения потенциально могут быть приняты одним руководящим органом, в том числе, когда порядок их принятия не урегулирован законом. Иными словами, когда авторитарный режим не рассматривает ни законы и ни суды, ни сам конституционализм как препятствие реализации интересов режима [4, р. 432, 448].

М. Тушнет не согласен с тем, что привитие конституционализма авторитарному режиму по общему правилу является безуспешным. Прагматическая защита авторитарного конституционализма имеет, прежде всего, эмпирическую основу – политический интерес в расширении гарантий социального мира и экономического роста [4, р. 448, 454].

История показывает яркие примеры эффективных институциональных ограничений власти в авторитарных государственных режимах. К примеру, могущественные мексиканские президенты, поддерживаемые гегемонией правящей партии (главами которой они являлись), не смогли изменить норму ст. 83 Конституции Мексики, закреплявшую шестилетний президентский срок, без возможности переизбрания [3, р. 6].

Авторитарный конституционализм, по мнению М. Тушнета, может быть вполне приемлемым и даже привлекательным режимом государственного управления в странах, где альтернатива авторитаризма более вероятна, чем либеральная демократия. К примеру, в условиях, с которыми столкнулся Сингапур, авторитарный конституционализм стал лучшим политическим выбором для достижения быстрого экономического роста или для поддержания этнического и религиозного мира [4, р. 397, 453].

Это не означает, что конституционалистскими признаками обладают все авторитарные режимы [4, р. 448]. Возможность признания их таковыми зависит от набора поддающихся наблюдению условий, таких как наличие механизмов институционального ограничения власти в соответствующих сферах государственного

управления, особые система государственных органов и структура социальных интересов и т.п. [3, р. 19].

Важный вклад в осмысление авторитарного конституционализма вносят исследования электорального авторитаризма. Особое значение имеет фокус на минимальные требования открытости, конкурентности и плюрализма выборов государственных лидеров (А. Шедлер (A. Schedler)). Требования к избирательной системе должны быть именно минимальными, чтобы отграничить авторитарный конституционализм от либеральной демократии, полагает М. Тушнет. Понимание минимальных демократических стандартов вариативно. Вопрос степени (стандарта) становится вопросом типа режима [4, р. 457–459].

К признакам авторитарного конституционализма М. Тушнет относит следующие:

1) все важные решения принимаются руководством государства, в законах не закреплены механизмы их обжалования (признак, определяющий режим как авторитарный);

2) политические оппоненты не подвергаются аресту, хотя иные санкции к ним могут применяться; допускается относительно открытое обсуждение и критика власти;

4) обеспечиваются целесообразно свободные и справедливые выборы;

5) доминирующая политическая партия реагирует на общественное мнение и меняет собственную политику;

6) могут создаваться механизмы, ограничивающие число инакомыслящих;

7) суды целесообразно независимы и обеспечивают базовые требования принципа господства права [4, р. 449–450].

Авторитарное управление может ограничивать себя конституционными нормами, создавать правоприменительные институты в целях реализации стратегических интересов, рассчитывая снять ограничения и реструктурировать институты в случае изменения собственных предпочтений. Однако сложно оценить влияние конституционных нормативных и институциональных механизмов ограничения власти на динамику изменения в государстве общественных процессов. Так, к примеру, создание конституционных судов стимулирует возникновение новой социальной группы – юристов, правоведов и иных специалистов, общественных активистов.

стов, специализирующихся на конституционном процессе. Появляются новые социальные интересы, оказывающие давление на государственное управление, противостоящие, например, выведению проблем публичного управления из-под юрисдикции конституционного суда. Однако подобная динамика может быть и незначительной, признает М. Тушнет [4, р. 447].

Авторитарные лидеры часто эксплуатируют идеологию для оправдания пределов своей власти и обеспечения ее устойчивости. [4, р. 451]. Г. Халмаи рассматривает связь авторитарного режима и популизма как идеологии и обращает внимание на три базовых довода конституционной теории авторитарного популизма, предложенных Л. Корриасом: о природе конститутивной власти (права на принятие конституции), о границах народовластия, о конституционной идентичности [2, р. 306].

Г. Халмаи предлагает разграничивать действительный популизм, отвечающий требованиям демократии, и мнимый популизм, эксплуатирующий поддерживаемую массами (большинством) риторику в качестве инструмента достижения авторитарных целей [2, р. 298].

Те, кто воспринимают демократию, по определению, как либеральную, также заявляют, что авторитарный популизм по своей природе чужд ценностям конституционализма: системе сдержек и противовесов, ограничению воли большинства, фундаментальным правам, защите меньшинств. Те, кто скептически относятся к авторитарному популистскому конституционализму, придерживаются особого понимания популизма, как категоричного морального способа восприятия политического пространства. Как следствие, авторитарный популизм основывается на эссенциалистском понимании гражданства, как участия в политическом сообществе, на основе идеологии, политических и социальных взглядов [2, р. 311].

Понимание конституции в авторитарных мнимых популистских режимах вступает в противоречие с главными постулатами конституционализма: ограничение сосредоточения власти в одном лице, строгое соблюдение господства права, защита фундаментальных прав. Термин «популистский конституционализм» в его авторитарной форме является оксюмороном, полагает Г. Халмаи. Аналогичную оценку, по его мнению, должен получить и авторитарный конституционализм, и «нелиберальный» конституциона-

лизм. Если главной идеей конституционализма является правовое ограничение власти, то авторитарная политика не может вести к ее реализации [2, p. 312].

Авторитарный популистский подход к конституционализму видится Г. Халмаи инструментальным (потребительским), стремящимся использовать националистское, религиозное и т.п. понимание народа (электората) для целей авторитаризма [2, p. 310].

С одной стороны, утверждается, что политики злоупотребляют доверием масс, не предоставляя им альтернативы (К. Шеппеле). С другой – позиция избирателей, поддерживающих авторитарных популистских лидеров объясняется не только недовольством условиями, к примеру, глубокого экономического неравенства, но и имеющими большее значение психологическими факторами. История наглядно показывает примеры, когда многие избиратели авторитарных популистских партий правого толка осведомлены об их националистских, гомофобных, автократических идеях и целях и, тем не менее, поддерживают их [2, p. 300–301].

Идеология действительного авторитарного конституционализма, с точки зрения М. Тушнета, может пониматься как находящаяся в спектре идеологий либертарианства, либерализма, европейских традиций социальной демократии и конституционализма, т.е. она должна включать стандарт правомерности вмешательства в индивидуальные права. «Важно понимать, – подчеркивает автор, – что авторитарный режим может быть признан конституционным в силу того, что он подчинен (признанному) стандарту правомерности, а не в силу характеристик отличительной авторитарной идеологии [4, p. 452]. Конституционализм сам по себе является идеологией, оправдывающей реализацию в обществе публичной власти и ее пределы [4, p. 451].

Теории, допускающие нормативное значение концепции авторитарного конституционализма (Р. Баррос, М. Тушнет) имеют преимущества перед концепциям, отрицающими его (Т. Ишиксель, А. Сомек) считают А. Позас-Лойо и Х. Риос-Фигероа [3, p. 1, 2]. Признание того, что термин «авторитарный конституционализм» не является оксюмороном, подразумевает, по меньшей мере, желание плюрализировать идею конституционализма [4, p. 420]. Оно выносит последнюю за либерально-демократические рамки (Д. Уолдрон) [3, p. 1].

Редукционистский и подобные ему подходы минимизируют нормативные и академические притязания идеи конституционализма как таковой. Они оставляют без внимания важную часть продолжительной и богатой истории конституционализма, к примеру, в Латинской Америке. Мозаика политической конфигурации региона показывает большое число разнородных конституций, многие из которых были написаны при авторитарных режимах [3, p. 1].

Так как авторитарный конституционализм увязывается с особым недемократическим типом режима государственного управления, его понятие напрямую зависит от понимания того, что есть демократия [3, p. 5].

Однако это лишь усугубляет проблему понимания этого феномена.

И. Блюдорн, директор Института исследований в области социальных изменений и экологической стабильности Университета экономики и бизнеса (Австрия), указывает на то, что сегодня все больше специалистов эмпирически наблюдают как в ряде наиболее сформировавшихся и, как предполагалось, незыблемых либеральных демократий, различные социальные группы, каждая в силу собственных причин, теряют доверие не только к учрежденным демократическим институтам, но и к самой идее либеральной представительной демократии. В то же самое время, процессы нелиберальной, анти-эгалитарной трансформации демократии остановить уже невозможно. Данный процесс автор называет «синдромом усталости демократии» (*democratic fatigue syndrome*), который качественно отличается от «кризиса демократии», обсуждаемого последние несколько десятилетий [1, p. 389–391].

Гегелианская традиция понимает диалектику, как процесс, в котором идея или социальный механизм (тезис) порождают свою собственную противоположность – отрицание самих себя (антитезис), таким образом, дестабилизируя и, в конечном счете, разрушая себя, приводя к появлению чего-то нового (синтезис). Термин «диалектика демократии», в точно такой же логике, концептуализирует процесс, в котором нормативная основа демократии и демократизации (модернистская идея «автономного субъекта» – индивида, наделенного неотъемлемыми правами и свободами)

преобразовывается из исходных условий, стимуляторов и движущих сил демократической модели в мощный вызов – испытание устоявшихся понятий демократии, побудитель их трансформации [1, p. 389].

Чрезмерные требования демократии к ее основополагающим ценностям, свободе (Платон), делает ее перманентно открытым проектом, во многом зависящем от предварительно необходимых, исходных условий или ресурсов, которые сама она не в состоянии произвести (Р. Дал). Для торжества демократии необходим определенный уровень экономического развития (материальное исходное условие) (С. Липсет, Т. Митчел, В. Штреек, Д. Хаускнут) и соответствующая устойчивая гражданская культура (культурное исходное условие) (Г. Алмонд, С. Верба, Д. Эрибон, М. Лилла, Р. Инглхар) [1, p. 390].

Сама идея, что либеральная демократия может не быть устойчивой материально, культурно или экологически, идет в разрез с восприятием и представлением себя индустриальными странами Севера, как наиболее прогрессивных режимов государственного управления, с наибольшими возможностями модернизации и демократизации, указывающими на путь, которым должны следовать другие страны. Для нормативной теории демократии, сама мысль о несостоятельности демократии является резко отвергаемой. [1, p. 390].

Критические социальные исследования данных проблем часто сопровождаются предположением, что идеалы аутентичности и автономности индивида, благоприятной жизни для всех могут быть реализованы только за пределами режима потребительского капитализма [1, p. 392].

Рост популизма правого толка, являющегося серьезной угрозой либеральной демократии, понимается как обратная культурная реакция, спровоцированная, прежде всего, ценностными предпочтениями наиболее образованного, либерального, космополитичного среднего класса, а также «оккупированными» им социальными позициями [1, с. 390]. «Новая ненависть к демократии» связывается с восприятием массами диалектической метаморфозы. Обещания признать равными политическими субъектами тех, чьи права и мнение продолжают подавляться, ведут к «антропологической ка-

гастрофе», «саморазрушению человечества» (Ж. Рансьер) [1, р. 391].

Последователи пост-марксистской традиции видят фундаментальную причину заката демократии в растущем дисбалансе: в публичном признании корпоративных интересов, с одной стороны, и интересов «всех остальных», – с другой [1, р. 391].

Цифровая революция, подчеркивает И. Блюдорн, маргинализирует индивида. Индивиды и их социальные связи воспринимаются и калькулируются как бесконечная масса «больших данных», собираемых и селективно организуемых в цифровые досье (*profile*), которые стремительно становятся «применимым» свидетельством в «эмпирически обоснованной» публичной политике, экономике и т.п. [1, р. 394].

Современные потребительские общества, либеральные и иные формы демократии становятся жертвами собственных действий – разрушения собственных основ. Сам базовый демократический идеал – модернистское понятие автономного субъекта – однажды инициировавший демократический проект, поступательно трансформировался в наиболее серьезную угрозу демократии [1, р. 391].

Анализ показывает, что минималистские концепции демократии имеют преимущества в эмпирических исследованиях авторитарного конституционализма. Это особенно важно, когда характерные черты, приписываемые демократиям, совпадают с чертами, свойственными конституционализму. А. Позас-Лойо и Х. Риос-Фигероа предлагают рассматривать демократию как режим, где правители избираются в ходе конкурентных выборов, и где правящие круги могут данные выборы проиграть [3, р. 5]. Однако, если методы эмпирической типологизации режима государственного управления развиты настолько, что позволяют в конечном счете выявить автократии, то как определить наличие конституционализма менее ясно. Важно принимать во внимание, что характер и качество институциональных ограничений власти существенно варьируется между разными государствами, в течение времени, в пределах отдельно взятого государства между различными конституционными институтами и сферами регулирования (Т. Гинзбург, Т. Мустафа, Д. Ганди, С. Левитски, Л. Вей, А. Шедлер, М. Сволик) [3, р. 8–9].

Ученые предлагают расширить исследования авторитарного конституционализма и разработать критерии точной типологизации режимов государственного управления [3, р. 18, 4, р. 394] и более глубокое понимание конституционализма. Важно понимать динамику развития изучаемого режима, так как конституционные механизмы могут работать как на укрепление авторитаризма, так и на его ослабление, стимулируя переход к демократии [3, р. 18–20]. В то время, как растущее стремление индивида к самовыражению рассматривается как фактор, подрывающий авторитарные системы, И. Блюдорн рассматривает именно его как стимул авторитарной динамики [1, р. 394].

В связи с этим, возможно, наиболее сложными будут вопросы: какую роль в ограничении власти в авторитарном режиме играет соответствующее право или институт, какие иные факторы необходимы, чтобы ограничения оказались эффективными [3, р. 18–20].

Плюрализация категории конституционализм расширит ее понимание, позволит провести необходимые нормативные различия между режимами. Исследование «нетрадиционных» форм конституционалистского государственного управления прольет свет не только на проблемы институционального дизайна нормативного конституционализма, но и на нормативный конституционализм, как таковой [4, р. 395, 461].

Список литературы

1. Blühdorn I. The dialectic of democracy: Modernization, emancipation and the great regression // Democratization. – Routledge, 2020. – Vol. 27, N 3. – P. 389–407.
2. Halmai G. Populism, authoritarianism and constitutionalism // German law journal. – Vol. 20, N 3. Cambridge, 2019. – P. 296–313.
3. Pozas-Loyo A., Ríos-Figueroa J. Authoritarian constitutionalism // Oxford handbook of constitutional law in Latin America / Ed. by R. Gargarella and C. Hübner Mendes. – N.Y., 2019. – P. 1–21. – Mode of access: https://www.researchgate.net/publication/335878670_Authoritarian_Constitutionalism (дата обращения: 11.02.2021).
4. Tushnet M. Authoritarian constitutionalism // Cornell law review. – N.Y., 2015. – Vol. 100, N 2. – P. 391–462.

УДК 340, 34.01

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.02.07

КРАСИКОВ Д.В.¹ УЯЗВИМОСТЬ И СИЛА ПРАВА В ЭПОХУ ПОПУЛИЗМА. (Обзор).

Аннотация. Современная политическая повестка во многих государствах характеризуется ростом популистских тенденций, которые несут угрозу верховенству права и демократическим институтам. Настоящая работа содержит обзор ряда зарубежных исследований, посвященных вопросам взаимного влияния популизма и права: характеризуется контекст такого влияния, выявляются основные его направления, рассматриваются предлагаемые исследователями правовые стратегии противодействия популизму.

Ключевые слова: популизм; верховенство права; демократия; демократическая ответственность; эрозия права.

KRASIKOV D.A. Vulnerability and the power of law in the era of populism. (Review).

Abstract. The current political agenda in many countries is characterized by the growth of populist tendencies that threaten the rule of law and democratic institutions. This paper contains an overview of a number of foreign studies devoted to the issues of mutual influence of populism and law: the context of such influence is characterized, its main directions are identified, and legal strategies of countering populism proposed by researchers are considered.

Keywords: populism; rule of law; democracy; democratic responsibility; erosion of law.

¹Красиков Д.В., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, заведующий кафедрой международного права СГЮА, кандидат юридических наук.

В настоящее время многие исследователи заявляют о «волне» популизма, «захлестнувшей» развитие и развивающиеся демократии. Традиционно рассматривавшийся как свойственный лишь авторитарным режимам, в разных формах и в различной степени популизм начал формировать политическую жизнь в США, Великобритании, Франции, Германии, Австрии, Нидерландах, Швеции, Греции, Италии, Венгрии, Польше и в других странах [1, p. 80]. Эти процессы происходят в условиях общемирового снижения уровня общественного доверия к правительственным институтам [2, p. 1–4] и связываются, в том числе, с действием экономических факторов, с ростом общественного влияния социальных сетей и их использованием в провокационных целях или с проведением популистскими лидерами политики, основанной на патронажно-клиентских связях и демагогии [3, p. 4].

Нередко популизм определяется сквозь призму отвергаемых им явлений, ценностей и институтов: его характеризуют, используя термины «антиэлитарный», «антиконституционный», «антиинституциональный», «антипредставительный», «антидемократический» [4, p. 2]. Широкое признание получило определение популизма как моральной и окончательной претензии на представительство «народа в целом»¹, и, соответственно, практика популизма состоит в использовании идеализированной конструкции «народ» и в отвержении тех, кто не вписывается в эту мифическую конструкцию или не признает «общее благо», которое «народ», напротив, способен интуитивно идентифицировать и единогласно одобряет; при этом признается, что общественное обсуждение и диалог между гражданами не являются необходимыми в рамках такой концепции, а инакомыслие считается вредоносным, если оно идет вразрез с позициями «народа» [4, p. 5]. Такая практика реализуется политическими и общественными лидерами, выступающими «от имени народа» и выражающими волю этой недифференцированной общности, направленную против обвиняемых в коррупции элит и против разного рода меньшинств [1, p. 84].

¹ См.: Müller J.-W. The people must be extracted from within the people: Reflections on populism // *Constellations : An international journal of critical and democratic theory.* – 2014. – Vol. 21, N 4. – P. 483–493.

Н. Лейси – профессор Юридического департамента Лондонской школы экономики и политологии – исследует влияние, оказываемое возрождением популизма в Европе и Северной Америке, на верховенство права (1, р. 79–96). В силу того, что популизм носит характер скорее монистический, чем плюралистический, в большей степени монархический, нежели диархический, скорее эксклюзивный, а не всеобъемлющий, а равно исходит из видения власти в вертикальном, а не в горизонтальном измерении, автор убеждена, что он несовместим с либеральной демократией [1, р. 84–85]. Вместе с тем она признает амбивалентный характер популизма как политической риторики и допускает возможность оказания им, при определенных условиях, положительного эффекта на политическую дискуссию (в том числе, позволяя вовлекать в нее политически индифферентные группы или способствуя проведению эгалитарной социальной политики), однако отстаивает наличие прямой аналитической связи между популистским стилем политики и нетерпимостью к верховенству права [1, р. 87]. Любая институциональная структура, способная поставить под сомнение политическую претензию популистского лидера на выражение «подлинной воли народа» и имеющая тенденцию возлагать на него ограничения в рамках системы сдержек и противовесов, потенциально конфликтует с популистской политической стратегией: претензия на выражение единой воли народа не терпит ограничений, подобных тем, которые предусмотрены современным конституционализмом, основанным на плюралистическом взгляде на политику, а поляризованный и моралистский дух популизма имеет тенденцию разрушать обычные нормы цивилизованного поведения в ходе политического дискурса; соответственно, как конституционные права, так и институты, которые их защищают, в частности судебная система, а также средства массовой информации, часто становятся объектами популистских нападков [там же].

При этом проблема состоит не в том, что популисты «сторонятся» конституционализма, а в том, что они нуждаются в служении закона их интересам, поскольку верховенство права не только ограничивает власть, но и позволяет ее осуществлять: коварность «популистского конституционализма» обусловлена усилиями популистских властей установить контроль над судами и иными контрольными механизмами, что порождает явления, именуемые в

науке «злоупотреблением конституционализмом» и дискриминационным или авторитарным «законничеством» [1, р. 87–88]. Использование права для преследования меньшинств, для наказания инакомыслия и для осуществления власти, дискурсивно легитимизированной в качестве воли народа, может принимать форму не только коррумпированной политизации права и судебной системы, но и «судебной обработки политики», когда суды или другие правовые процессы, такие как импичмент, используются в политических целях [1, р. 88].

В то время как аналитический конфликт между популизмом и верховенством права проявляется в большей степени в популистских режимах, взаимосвязи этих явлений в государствах, где популисты не обладают всей полнотой власти, но имеют значительное политическое присутствие, зависят от многих обстоятельств и их понимание требует учета ряда системных факторов и контекста: уязвимость любой системы к вызываемой популизмом эрозии ограничений власти, обеспечиваемых верховенством права, зависит от таких факторов, как структура ее политической системы, авторитет и сила профессиональной культуры судебной системы, способность его правовых, политических и экономических институтов разрешать социальные конфликты и пользоваться разумным уровнем уважения [там же].

Вместе с тем определенные обобщения в рассматриваемом контексте можно сделать и в отношении развитых демократий: Н. Лейси выделяет основные направления негативного воздействия, оказываемого популизмом на верховенство права в европейских странах и в США [1, р. 88–90].

Во-первых, речь идет о формировании общесистемной политической повестки силами популистских лидеров, партий или внутрипартийных фракций и о ее практическом эффекте (примерами являются установление Д. Трампом изоляционистской внешнеполитической повестки и формирование им угрожающей правам человека иммиграционной политики и практики, а равно неспособность на общеевропейском уровне и даже в рамках отдельных государств – членов ЕС найти эффективное решение проблемы беженцев).

Во-вторых, популизм влияет на осуществление дискреционных полномочий и подрывает правовые устои. Так, нельзя исклю-

читать популистское влияние на независимость судей, что подтверждается исследованиями причин роста суровости приговоров в США и в Великобритании в эпоху так называемого «уголовного популизма», а также сокращением практики ссылок судов на международное право в тех странах, где сильна популистская враждебность к наднациональному правовому порядку. Кроме того, устойчивость верховенства права зависит от следования заложенным в нем нормативным идеалам, с которыми «будничные» отступления популистских властей от сложившихся правил поведения явно несовместимы (примерами служат пренебрежение Д. Трампа к устоявшимся правилам о конфликте интересов и непотизме, а также отступления властями Венгрии и Польши от принципов правопорядка Европейского Союза, приведшие к запуску механизмов ограничения их прав как государств-членов).

К. Кольянесе, профессор права и политологии Юридической школы Пенсильванского университета, обращает внимание на все более распространяющуюся проблему превращения права в своего рода «козла отпущения» в силу его уязвимости к обвинениям в том, что оно является причиной различных негативных социальных явлений [2, р. 4–5]. Такая стратегия часто используется популистскими или националистскими политическими лидерами для получения поддержки и выходит за рамки простой критики конкретных законов и представления аргументов в пользу их отмены или изменения: она строится на агрессивных выпадах, ложно обвиняющих законодательство в социальных и экономических проблемах государства, тем самым усиливая ощущение кризиса существующих правовых институтов [2, р. 4]. Такие обвинения призваны оправдать необходимость прихода политического «избавителя» для спасения общества и для внесения радикальных изменений в целях восстановления порядка и процветания [2, р. 4–5].

В последние годы данный подход стал важной частью политической стратегии и риторики популистски ориентированных лидеров в демократических странах, по крайней мере, на трех континентах, в частности, в Соединенном Королевстве, в Бразилии и в США, где высокий уровень общественного недоверия к власти помог создать основу для процветания популистских движений: атака на законодательство заняла центральное место в развернувшейся в Соединенном Королевстве кампании в пользу «Брекзита» –

во всех отношениях классической популистской кампании, построенной, в том числе, на представлении действующих в Европейском союзе правил как деспотичных или абсурдных; нападки на правовое регулирование характеризуют правление президента Бразилии Ж. Болсонару, занявшего свой пост, в том числе, благодаря агрессивной риторике в отношении норм, направленных на защиту окружающей среды и прав коренных народов; президентская кампания Д. Трампа 2016 г. также была основана на типичных популистских и националистических заявлениях, а центральным элементом его политики стали выпады в адрес правовых норм и институтов [2, р. 5–16].

Политико-экономическая мотивация, стоящая за подобными стратегиями, основана на получении преимуществ в обвинении кого-либо или чего-либо в проблемах общества. Поиск соответствующими политическими силами альтернативных путей снискания общественной поддержки потребовал бы приложения усилий для помощи людям в понимании трудностей и необходимости достижения компромиссов при решении основных социальных и экономических проблем, что предполагало бы принятие непопулярных политических решений, связанных с повышением налогов или сокращением бюджетов [2, р. 16].

В этих условиях, во-первых, превратить законодательство в «козла отпущения» проще, чем отстаивать решения, не вызывающие общественную симпатию. Во-вторых, такой подход сочетает в себе то, что на первый взгляд, выглядит как установленный в общественных интересах «диагноз» проблемы (состоящий в том, что общество «задыхается» от переизбытка регулирования), с комплексом решений, апеллирующих к частным интересам, которые совпадают с целями популистских лидеров: когда регуляторные издержки непропорционально ложатся на узкий круг предпринимателей, а регуляторные выгоды распространяются на все общество, решения, ослабляющие соответствующую нагрузку, приносят непропорционально высокую выгоду наиболее обеспеченным покровителям политиков. Так, усилия Ж. Болсонару по обеспечению нормативной защиты Амазонки послужили интересам его состоятельных политических сторонников, занимающихся сельским хозяйством и скотоводством. Не случайно углепромышленники в Соединенных Штатах и политики, ищущие их поддержки, приня-

ли на вооружение риторику «регулятивной войны с углем», поскольку, во-первых, это сделать проще, чем признать перед лицом сотрудников и акционеров, что отрасль потерпела поражение на рынке из-за альтернативного источника энергии, а во-вторых, это дает основание для соискания государственных субсидий, которые могут принести компаниям краткосрочные финансовые выгоды, но не способны устранить основные причины упадка отрасли [2, р. 16–18].

Приобретение политиком имиджа «спасителя экономики» за счет атаки на законодательство менее обременительно в сравнении с проведением обстоятельной структурной или фискальной политики, нацеленной на получение макроэкономических результатов: например, для Д. Трампа оказалось относительно несложно представить себя спасителем энергетической отрасли, отменив принятый администрацией Б. Обамы акт, направленный на борьбу с изменением климата, утверждая, что это помогло экономике, несмотря на то, что данный акт так и не вступил в силу и не мог оказать сколько-нибудь ощутимого воздействия на экономику [2, р. 17]. Экономические трудности имеют свойство порождать в обществе антипатию к регулированию, и К. Кольянесе проводит аналогию с признанными наукой тенденциями усиления в обществе негативного отношения к мигрантам и этническим меньшинствам в различные кризисные периоды [2, р. 18–21].

М. Хантер-Хинин, лектор Юридического факультета Университетского колледжа Лондона, изучает популизм, противопоставляя его концепции радикальной демократии, и утверждает, что в то время как конкретные проявления популизма могут быть недолговечными, их последствия могут иметь долгосрочными и разрушительными как для права, так и для демократических институтов [4, р. 2]. На примере дискурса о так называемых «основных британских ценностях» (*fundamental British values*) в Соединенном Королевстве и принятого во Франции запрета ношения паранджи, автор показывает, что популизм может принимать множество форм, круг которых не ограничен сферой политического представительства, и что противодействие ему требует более широкой реакции, чем совершенствование избирательных систем, как это нередко утверждается.

С сентября 2014 г. британские школы обязаны заниматься продвижением «основных британских ценностей», которые, как это позиционируется, направлены на обеспечение «социального, морального, духовного и культурного развития» детей и отражены в принятых на государственном уровне Стандартах педагогической деятельности. По утверждению М. Хантер-Хинин, данная инициатива является примером популистского правового маневра, как и принятый в 2011 г. во Франции запрет на ношение паранджи, несмотря на попытки представить его как «воплощение французских правовых традиций» [4, р. 5].

Считается, что популизм порождается ощущением кризиса в обществе и не имеет в своей основе фундаментальных ценностей. Аналогичным образом, идеология «основных британских ценностей» появилась в условиях усиления террористической угрозы в Соединенном Королевстве, и в действительности, как это ни парадоксально, ее внедрение является весьма противоречивой мерой: она включает такие широкие концепции как демократия, верховенство права, личная свобода, взаимное уважение и терпимость к различным вероисповеданиям и убеждениям, однако сама вызывает сомнения в ее определенности, совместимости с этими ценностями и пригодности для их обеспечения [4, р. 5–8]. Схожие черты характеризуют французский запрет ношения паранджи, который был обоснован весьма расплывчатыми ссылками на «фундаментальные ценности Французской Республики» и на социальные нормы о «минимальных требованиях к совместному проживанию»; вместо того, чтобы поощрять дискуссию и разнообразие мнений, данный запрет апеллирует к подразумеваемому общему пониманию «совместного проживания», чтобы отвергнуть форму религиозного выражения, которая безапелляционно и бездоказательно воспринимается как неприемлемая [4, р. 8–9].

С. Иссахаров, профессор Юридической школы Нью-Йоркского университета, задается вопросом о том, существуют ли формы правового вмешательства, которые способны обеспечить демократическую ответственность власти, противодействуя стремлению популизма к постоянному присутствию на политической арене [3, р. 7]. Автор констатирует развитие в разных странах популистских процессов, разрушительных для демократии, и выделяет две связанные с ними проблемы, имеющие коррупционную природу и

требующие правового вмешательства. Первая проблема состоит в коррумпировании избирательного процесса и манипулировании им, а также в том объеме власти, которой обладают избранные чиновники, и которая может использоваться для борьбы с политическими оппонентами. Вторая проблема заключается в коррупционном характере демократического управления, осуществляемого путем использования должностными лицами своих полномочий для противодействия институциональному разделению властей и для передачи более широких полномочий по принятию государственных решений в руки исполнительной власти.

В целом исследователи сходятся во мнении о том, что несмотря на всю уязвимость права к негативному воздействию популизма, именно правовые средства и институты способны эффективно противостоять практике популизма и ее распространению. При этом акцент делается на необходимость максимально широкого, а не «точечного» вовлечения участников правовых процессов в противостояние. Так, например, отмечается, что до недавнего времени конституционно-правовые механизмы были достаточно эффективными для предотвращения разрушения демократических институтов, однако сегодня конституционная юстиция в ряде стран становятся объектом контроля популистских сил, движимых стремлением к консолидации власти, и такие, казалось бы, наиболее пригодные инструменты противодействия популизму, как права человека или конституционные гарантии демократии, утрачивают свою силу [3, р. 33]. В этих условиях, по убеждению С. Иссахарова, наиболее актуальным в контексте разрешения рассматриваемой проблемы становится такое направление, как борьба с коррупцией. Поскольку она осуществляется силами широкого круга субъектов (включая такие ординарные правовые механизмы, как суды общей юрисдикции), которые популистским властям намного труднее контролировать, чем структурно изолированный конституционный суд, данное направление может служить основой для противостояния антиинституционалистским властным мерам [там же].

М. Хантер-Хинин отстаивает позицию о том, что действенное правовое противодействие популизму требует обращения к таким идеям радикальной демократии, как общественная дискуссия и инклюзивность. Во-первых, такой подход предполагает снижение степени урегулированности отношений в образовательной

сфере и повышение свободы во взаимодействии участников образовательных процессов [4, р. 15]. Во-вторых, укрепление демократических ценностей требует усилий со стороны судебных институтов: судьям надлежит не допускать упрощенных и абстрактных оценок фактических обстоятельств, требовать обоснованности любых проявлений вмешательства в права и свободы человека, и, наконец, настаивать на соблюдении условий соразмерности между степенью осуществляемого вмешательства и соответствующим его обоснованием. Следование этим требованиям несовместимо с основными популистскими приоритетами, поскольку оно отвергает привлекательный для популистов упрощенческий нарратив, оспаривает популистское утверждение о том, что общие ценности должны преобладать над правами личности, и сдерживает популистскую жесткость по отношению к инакомыслию [4, р. 17].

По мнению К. Кольянесе, для решения порождаемых ростом популизма проблем, необходимо восстановить доверие общества к государственным и общественным институтам, что снизит восприимчивость членов общества к разного рода популистским призывам. При этом, учитывая, что популизм не нуждается в подлинных управленческих ошибках для его процветания, в действительности, задача состоит не в том, чтобы избегать грубых регуляторных просчетов, опасаясь их использования в популистских целях, а в стремлении к совершенству в государственном управлении: в конечном итоге необходимы законодательные и иные регулятивные процессы, которые вызывают доверие общества благодаря качественным результатам, безупречности чиновников и властных институтов, а также открытости и справедливости процессов, посредством которых законы принимаются и применяются [2, р. 22–23].

Список литературы

1. Lacey N. Populism and the Rule of Law // Annual review of law and social science. – Palo Alto, 2019. – Vol. 15. – P. 79–96.
2. Coglianese C. Law as scapegoat. – Philadelphia, 2020. – (Public law and legal theory research paper series; N 20–24). – URL: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3202&context=faculty_scholarship (дата обращения: 10.01.2021).
3. Issacharoff S. The corruption of popular sovereignty. – New York, 2020. – (Public law and legal theory research paper series; N 20–22). – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172 (дата обращения: 10.01.2021).

4. Hunter-Henin M. The legal face of populism: From the classroom to the courtroom. Jean Monnet Working Paper 9/17 Symposium: Public law and the new populism. – New York, 2017. – N 17. – 22 p. – Mode of access: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550172 (дата обращения: 10.01.2021).

АЛЕШКОВА И.А.¹ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЭПОХУ ПОПУЛИЗМА. (Обзор).

Аннотация. В обзоре представлены позиции некоторых зарубежных ученых о взаимосвязи популизма с правами человека, критериях оценки популизма как вызова правам человека, а также варианты противодействия популизму.

Ключевые слова: популизм; права человека; конституционные права; сравнительное конституционное право; конституционализм.

ALESHKOVA I.A. Human rights in the age of populism. (Review).

Abstract. The review presents the positions of some foreign scientists on the relationship between populism and human rights, the criteria for assessing populism as a challenge to human rights, as well as options for countering populism.

Keywords: populism; human rights; constitutional rights; comparative constitutional law; constitutionalism.

Идеи популизма основываются на социальном разочаровании населения, обещаниях достижения общего блага и существенного повышения благосостояния граждан. Формирование и развитие популизма в основном происходит на основе принципов – приоритета интересов большинства и недопустимости меньшинства получать выгоду за счет большинства [2, р. 6–12].

Материальное неравенство и ухудшение экономических условий жизнедеятельности, затрагивающие социальные и экономические права, рассматриваются учеными как одна из основных

¹ Аleshkova И.А., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

причин популистских движений и обращают внимание на то, что социально-экономические права человека являются частью инструментария популистов, чтобы отстаивать и продвигать свои проекты и интересы [1, р. 307–310].

По мнению Л. Бургорг-Ларсен, популизм приводит к разрушению демократических режимов, для которых права человека являются фундаментальной ценностью в противоположность популизму. На первый взгляд, это кажется странным и даже неуместным связывать эти два термина. Тем не менее эти два явления имеют непосредственную взаимосвязь [2, р. 4].

Существование сложных отношений между популизмом и правами человека этот французский исследователь видит в том, что популизм, обеспечивает импульс к улучшению экономических и социальных условий жизни членов общества, исходит из социальных программ, разработанных для этой цели. Проблема в том, что он не учитывает их зависимость от способности государства их финансировать. Как следствие, очевидной становится тенденция к злоупотреблению некоторыми гражданскими и политическими правами и явный отказ от плюрализма, что создает реальные угрозы некоторым устоявшимся правам человека [2, р. 4–6, 9–10].

Популизм – вызов правам человека. Анализ научной литературы демонстрирует обеспокоенность ученых тем, что популизм в современный период становится более активным и тем самым представляет собой вызов правам человека.

Хотя популисты обычно не отвергают права человека прямо, они используют довольно избирательный и инструментальный подход к ним, стремясь приспособить эту идеологию к своим потребностям. При этом они оперируют тремя основными аргументами для критики прав человека: 1) *аргумент безопасности*, согласно которому права человека должны уступить место соображениям безопасности; 2) *аргумент легитимности* приводится для обоснования утраты прав человека своей легитимности, поскольку они были оккупированы определенными группами и программами; и 3) *аргумент демократии* – осуждает права человека за то, что они отдают предпочтение интересам меньшинств над интересами большинства.

Полагая, что популизм как явление несет многочисленные опасности для прав человека, Дж.Л. Нойман акцентирует внима-

ние на том, что такого рода опасности наблюдаются как внутри собственных сообществ, так и на международном уровне: популисты часто пренебрегают внешними обязательствами, что может привести к дискриминации и насилию меньшинств. Потенциальные жертвы могут принадлежать к бывшим влиятельным элитам или к уязвимым меньшинствам, с которыми, по мнению популистов, обращались лучше, чем они того заслуживают. Более того, подвергается опасности принцип равенства, политические права и свободы, а также право на справедливое судебное разбирательство [4, р. 6–15].

Л. Бургорг-Ларсен называет несколько причин активного развития популизма и их взаимосвязи с правами человека – демократическое разочарование (*democratic disenchantment*); демократическая деконсолидация (*democratic deconsolidation*) и демократический ответный удар (*democratic riposte*).

К причинам, способствующим формированию *демократического разочарования* и вызывающим демократические сложности, автор относит отсутствие бинарной классификации прав человека и гражданина, характеризующейся вечным концептуальным разногласием относительно их природы и содержания [2, р. 21–25]. Вторая демократическая сложность связана с препятствиями, возникающими при реализации судебной защиты – принятие смелых юридических решений и наличие необоснованной критики судебной активности [2, р. 25–29].

За последние 20 лет во всем мире значительно выросло количество судебных решений по социальным правам, в связи с этим Л. Бургорг-Ларсен в качестве еще одной демократической сложности называет неоднородную практику внутригосударственных и наднациональных судов. Суды всех уровней, желая избежать недоверия к ним, зачастую остаются нейтральными к социальным аспектам рассматриваемых ими дел. Ссылаясь в своих решениях на нормы, устанавливающие гражданские и политические права, они поверхностно подходят к их применению [2, р. 23–26].

Нередки и случаи, когда позиции внутригосударственных и так называемых «иностранных» судов радикально отличаются. Приводя в качестве примера два решения суда Л. Бургорг-Ларсен отмечает, что такие решения служат реальной подпиткой всех форм популизма.

Так, например, Европейский суд по правам человека в решении по делу *Гариб (Garib) против Нидерландов* от 6 ноября 2017 г. двенадцатью голосами против пяти в рамках Большой палаты Суда обошел стороной предоставленную ему впервые в истории судебных разбирательств возможность вынести решение в защиту бедности. Согласно материалам дела заявитель, г-жа Р. Гариб, гражданка Нидерландов, на момент подачи заявления являлась матерью-одиночкой двоих детей, у которой единственным источником дохода было социальное обеспечение. Она поселилась в районе Тарвевик в Роттердаме в 2005 г. Некоторое время спустя владелец собственности, где она снимала жилье, попросил его освободить в виду предстоящего ремонта. Он предложил г-же Р. Гариб снять у него другую недвижимость в том же районе, на что она согласилась, учитывая, что новая квартира была больше и лучше подходит для нее и ее двух маленьких детей.

Тем временем район Тарвевик в Роттердаме как район с высоким уровнем безработицы в соответствии с Законом о внутренних городских проблемах (особые меры) был признан районом, в котором проживание было возможно только с разрешением на жилье. Г-жа Гариб должным образом подала запрос о таком разрешении. В 2007 г. власти отклонили ее просьбу на том основании, что она не проживала в Роттердамском регионе в течение шести лет, непосредственно предшествующих представлению ее просьбы.

Более того, она не соответствовала критериям, которые дали бы ей право на освобождение от продолжительности проживания при подаче требования. Возражение г-жи Гариб против этого решения было отклонено властями города, и в 2008 г. областной суд отклонил ее апелляцию. В частности, утверждалось, что решение этого вопроса входит во внутреннюю компетенцию города (особые меры) и на основании Закона предусмотрены временные ограничения свободы проживания. Г-жа Гариб обратилась в ЕСПЧ с жалобой на нарушение Законом о внутренних проблемах города (особые меры) и соответствующим внутригородским законодательством ее права на свободное передвижение, выбор места пребывания и жительства, гарантированного ст. 2 Протокола N 4 Европейской конвенции по правам человека.

Л. Бургорг-Ларсен сетует, что ЕСПЧ отказался применить комбинацию правил (ст. 14 вместе со ст. 2 Протокола N 4 о свобо-

де передвижения), которая позволила бы Суду вынести решение о дискриминационном характере указанного Закона, разработанного для решения проблемы обнищания определенных районов Роттердама, и, как следствие, это привело к изгнанию с места жительства голландской женщины, которая жила на пособия по социальному обеспечению и одна воспитывала двоих детей [2, р. 27–28].

Приводя в качестве другого примера решение Межамериканского суда по правам человека (Inter-American Court of Human Rights), решение, принятое по делу *Лагос-дель-Кампо против Перу* N 12.795 от 31 августа 2017 г., Л. Бургорг-Ларсен замечает, что оно отличается дерзостью и демонстрирует отличный от европейской осторожности подход.

Безусловно, это первое решение Межамериканского суда по правам человека, в котором признается прямая возможность принудительного исполнения экономических, социальных и культурных прав в соответствии со ст. 26 Американской конвенции о правах человека 1969 г. В этом случае один из лидеров профсоюзов успешно подал иск против Перу за нарушение его прав на работу, свободу выражения мнений и справедливое судебное разбирательство. В то же время Л. Бургорг-Ларсен подчеркивает, что сфера применения ст. 26 Американской конвенции всегда была в центре многочисленных доктринальных диспутов, и суд Сан-Хосе в решении по делу Асеведо Буэндиа и др. («уволненные и вышедшие на пенсию сотрудники финансового контролера») от 1 июля 2009 г. открыл новый прецедент: принцип «недопустимости отступления» распространял свое действие на социальные права, подлежащие судебной защите, что вызвало в итоге концептуальную революцию.

В связи с этим Межамериканский суд по правам человека предложил новое толкование ст. 26, считая, что «экономические и социальные стандарты», о которых идет речь, вытекают как из Устава Организации Американских Государств, так и из Американской декларации прав и обязанностей человека и представляют в совокупности два документа с важными социальными положениями. Суд предусмотрел возможность применения судами при рассмотрении дел ст. 26, в случаях возникновения потребности защищать беспрецедентное количество экономических и социальных прав [2, р. 27–28].

Еще в качестве одной проблемы демократической сложности профессор Л. Бургорг-Ларсен выделяет неисполнение национальных (и международных) решений по социальным вопросам [2, р. 29–32]. В качестве примера приводится решение ЕСПЧ от 12 октября 2017 г. о прекращении дела «Бурмыч против Украины», которое вскрывает системные проблемы, связанные с практикой принятия так называемых «пилотных решений», когда суды уступают место политике, полагая, что именно эти факторы поддерживают популистский дискурс.

В рамках *демократической деконсолидации* происходит нарушение доверия к стабильным демократиям и разочарование в действующих правовых институтах, как следствие, это приводит к разрушению механизмов защиты правовых ценностей, одной из которых являются права человека. В этом контексте, отвергая либеральную конституционную модель, игнорируются нормы и принципы, ставшие общепризнанными после Второй мировой войны. Деконсолидация демократии приводит к разрушению основных правовых матриц – принципа разделения властей и принципа качественной защиты прав человека [2, р. 32–47].

Демократический ответный удар наносится в целях сохранения прав человека. Однако, по сути, происходит «война» ценностей, которая формируется во всем мире и, без сомнения, будет определять состояние силовых отношений внутри государств и между ними на многие годы вперед [2, р. 48–62].

Л. Бонадиман и У. Сойрила обращают внимание на то, что в странах с плохо налаженной защитой прав человека популизм представляет собой как минимум два явных вызова правам человека.

Во-первых, популизм отвергает плюралистическую концепцию общества в пользу идентичности. Следовательно, происходит отрицание индивидуальных прав и отдается предпочтение коллективным правам. Соответственно, принятие концепции идентичности делает очень трудным, если не невозможным, защиту индивидуальных прав.

Во-вторых, популизм использует множественную и разнобразную интерпретацию общего блага. Коллективные права, взятые как приоритет в развитии конституционной демократии, определяются как коллективная ценность.

Таким образом, обобщая позиции ученых можно отметить, что популизм обуславливает тенденцию возрастания значимости общего блага, поглощающего индивидуальные и коллективные права, неоднородностью судебной практик и разрушением консолидации правовых институтов и др.

Варианты противодействия популизму как угрозе прав человека. Распространенное мнение о том, что права человека достигли кризиса в форме ответной популистской реакции, вызвало оживленную дискуссию не только о причинах кризиса, но и возможных способах его решения. В этой связи значимым аспектом концентрации внимания как теоретиков, так и практиков является поиск оптимальных вариантов устойчивого развития общепризнанной концепции прав человека.

Л. Бонадиман и У. Сойрила считают, что в целях преодоления материального неравенства на основе принципа солидарности и социальной ответственности государствам следует: сосредоточиться на структурных и распределительных проблемах, переосмыслить концепции развития, переоценить свои стратегии, но при этом не следует отказываться от основных общепризнанных прав человека [1, р. 301–303]; минимизировать растущее желание жертвовать индивидуальными и коллективными правами для общего блага; осуществлять альтернативные интерпретации, сочетая индивидуальное и коллективное посредством публичного, законного и совещательного политического процесса; расширять пространство для гражданского общества; найти способы эффективного решения вопросов неравенства и исключительности; сохранить верховенство международного права и международных правовых институтов [1, р. 303–304].

Права человека могут возродить забытый принцип коллективной солидарности как внутри, так и за пределами национальных границ. Ученые полагают, что сторонники прав человека должны начать анализировать бюджеты, налоговую политику и фискальную политику, т.е. те проблемы, которых они давно пытались избежать. Также авторы полагают, что не следует смешивать солидарность и национализм. Возвратить солидарность на ее почетное место может репрограммирование движения за права человека и отказ от националистического популизма [1, р. 305–308].

В целях прекращения безрезультатных споров о формальном и абсолютном равенстве Л. Бонадимаа и У. Сойрила предлагают ученым глубже исследовать содержание понятия «достаточное равенство» и принципа солидарности. При этом не отрицать связи между правами и экономикой, свободой и равенством, равенством и солидарностью [1, р. 325–328].

В качестве возможной политической защиты от популизма правам человека Л. Бургорг-Ларсен предлагает признать приоритетным путь честного и добросовестного политического диалога, при котором обеспечивается соблюдение принципов права, сохраняется внутригосударственный конституционный правопорядок и выполняются правовые обязанности. Подчеркивая дискуссионность *правовой переменной*, которая на взгляд ученого вызывает целый ряд вопросов о природе права, правовой системе, судебной культуре и т.д., автор оценивает важность *политической переменной* (с учетом характеристик рассматриваемого государства и политической системы, способности государственной структуры выполнять правовые решения и институциональные соглашения по социальным вопросам в рамках различных государственных структур и т.д.), *социально-экономической переменной*, которая находится в зависимости от уровня экономического развития, различий в уровне благосостояния, этнической и территориальной фрагментации страны, степени политической поддержки социальной политики и т.д.), а также *социальной переменной* (сила или иное влияние «неинституциональных социальных агентов» и степень их взаимодействия).

В условиях наличия выше указанных переменных важно, чтобы были сохранены либеральные демократические режимы, считает Л. Бургорг-Ларсен. Для этого необходимо тщательно проанализировать и продумать заново рациональную модель демократии, учесть элементарное требование социальной справедливости, которое не было воспринято всерьез, а культурное и этническое разнообразие не было учтено и не получило должной поддержки [2, р. 57].

Необходим критический анализ сбоя в работе либерально-демократических систем, важно поощрять «инклюзивный патриотизм», который не должен быть аналогом национализма; осуществлять «исправление» экономики путем пересмотра принципов

налогообложения, решения жилищных вопросов и занятости; и, наконец, переосмыслить то, что называется «гражданской религией», путем просвещения граждан. Л. Бургорг-Ларсен полагает, что именно суды отстаивая принцип разделения властей, независимость и самостоятельность судебной власти способны противостоять угрозе прав человека. Профессор обращает внимание на значимость принципов справедливости, уважения достоинства и доверия граждан к закону и действиям государства [там же].

Исходя из вышеизложенного, следует сказать, что представленные в обзоре точки зрения авторов выходят за рамки строгого юридического подхода, основанного на законе и механизмах защиты прав. В этом контексте важное значение имеет именно междисциплинарный подход, на основе которого возможно создать действенные инструменты защиты прав человека от популизма, в том числе, руководствуясь принципами солидарности, консолидации и плюрализма.

Кроме того, важно учитывать принципы конституционного права, которые являются универсальным средством противодействия популизму и способны не только консолидировать правовые интересы различных социальных классов, групп и не допускать развитие народной конфронтации, но и защитить права человека.

Список литературы

1. Bonadiman L., Soirila U. Human rights, populism, and the political economy of the world // *Nordic journal of human rights*. – 2019. – Vol. 37, N 4. – P. 301–328. – URL: <https://doi.org/10.1080/18918131.2020.1741321> (дата обращения: 20.01.2021).
2. Burgorgue-Larsen L. Populism and human rights: From disenchantment to democratic riposte // *SSRN Electronic journal : iCourts working paper series*. – 2019. – N 156. – 63 p. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3341298 (дата обращения: 20.01.2021).
3. Howse R. Epilogue : in defense of disruptive democracy – A critique of anti-populism // *International journal of constitutional law*. – 2019. – N 17(2). – P. 641–660. – URL: <https://doi.org/10.1093/icon/moz051> (дата обращения: 20.01.2021).
4. Human rights in a time of populism : challenges and responses / ed. by Gerald L. Neuman. – Cambridge, 2020. – 250 p.

УМНОВА-КОНЮХОВА И.А.¹ АВТОРИТЕТ СУДОВ В ЭРУ ПОПУЛИЗМА: СХВАТКА ВОКРУГ ГЛОБАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА И ЛИБЕРАЛЬНОЙ ДЕМОКРАТИИ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматривается влияние популизма на авторитет судов в контексте споров по пределам глобального конституционализма и стандартам либеральной демократии, проблемы оценки и исполнения решений международных судов, связанных с защитой либерально-демократических ценностей, прав и свобод, популистскими правительствами государств, взаимодействия международных и национальных судов на фоне роста национального популизма, а также влияния последнего на независимость национальных судов.

Ключевые слова: суд; популизм; международный суд; национальный суд; глобальный конституционализм; либеральная демократия; права и свободы; конституционная идентичность; народная воля; свобода усмотрения; Европейский суд по правам человека.

UMNOVA-KONYUKHOVA I.A. The authority of the courts in the era of populism: The battle around global constitutionalism and liberal democracy. (Review).

Abstract. The author conducts a comparative legal study of the influence of populism on the authority of the courts in the context of disputes over the limits of global constitutionalism and the standards of liberal democracy. The problems of evaluation and enforcement of international courts decisions related to the protection of liberal democratic values, rights and freedoms by populist governments of states, the interaction of international and national

¹ Умнова-Конюхова И.А., ведущий научный сотрудник отдела правоправедения ИНИОН РАН, руководитель конституционно-правовых исследований РГУП, доктор юридических наук, профессор.

courts against the background of the growth of national populism, as well as the influence of the latter on the independence of national courts are considered.

Keywords: court; populism; international court of justice; national court; global constitutionalism; liberal democracy; rights and freedoms; constitutional identity; popular will; freedom of discretion; ECHR.

В последние годы особый интерес у правоведов вызывает популизм, усиливающий свое влияние на характер взаимодействия политической элиты с международными и национальными судами по вопросам оценки соответствия политико-правовых мер государств международно-правовым стандартам и конституционным основам либеральной демократии.

На политико-правовых форумах и в научных дискуссиях популизм обычно воспринимается сторонниками либеральной демократии и глобального конституционализма как явление конституционного регресса, патологии, вырождения или отступления от согласованных международным сообществом стандартов демократии и свободы. Однако популизм в значительной степени аморфное явление, его контуры трудно уловить, а популистская риторика имеет множество вариаций.

В политическом дискурсе популизм регулярно используется как ярлык для унижения политических оппонентов и обвинения их в демагогии или оппортунизме. Ученые описывают популизм как особый политический стиль, политическое движение, стратегию или дискурс. В этом ключе, как отмечает Ян Петров (сотрудник Института судебных исследований (JUSTIN), юридический факультет Масариков Университет, Чехия), популизм связан с политической мобилизацией масс харизматическим лидером, с радикализацией эмоционального элемента в политике и с поиском осуществления власти, основанной на прямой неконституционной поддержке со стороны большого числа в основном неорганизованных последователей [3, p. 481].

Некоторыми исследователями популизм рассматривается и как самостоятельная политическая идеология, которая, однако, не дает ясной картины устройства государств в отличие от либерализма или социализма. Популизм скорее дает набор идей о том, как демократия может и должна работать, и как лидеры могут и

должны относиться к людям. Сложилась также устойчивая группа авторов, которые популизм связывают с возвышением народного суверенитета, господством большинства, однородностью народа и антагонизмом по отношению к правящим кругам. Однако помимо этих обобщающих характеристик популизм принимает множество иных форм и сочетается с различными политическими идеями [3, р. 482–483].

По мнению Эрика Воетена (профессор геополитики и правосудия в мировых делах Джорджтаунского университета Эдмунда Крога, Школы иностранной службы Уолша Государственного департамента США) общность популистов заключается в том, что их политика должна быть выражением воли «чистых людей», а не «коррупцированных элит». Популисты защищают общество от иммигрантов, этнических или расовых меньшинств, преступников или какой-либо другой социальной группы, которая выделяется как недостойная в конкретном национальном контексте [5, р. 407].

Сравнительные конституционные исследования столкнулись с трудностями в отслеживании современных популистских тенденций во всем мире и в определении того, как они пересекаются с извилистыми процессами трансформации либеральной демократии и глобального конституционализма. В то же время компаративисты отмечают, что популистские движения распространились по всему миру: в Латинской Америке, на Филиппинах, на Ближнем Востоке, в некоторых странах Центральной и Восточной Европы и набрали обороты в США и Израиле. Программы популистов пересекаются лишь частично, однако, как отмечает профессор Андреа Пин, адъюнкт-профессора сравнительного права в Падуанском университете, Италия, в целом они предлагают альтернативу глобальному конституционализму, построенному на принципах либеральной демократии, и трактуют современную элитную культуру как сильно пропитанную либеральными ценностями индивидуализма, интернационализма, мультикультурализма, вседозволенности и веры в универсальный прогресс [4, р. 225–226].

По отношению к стратегии реформирования популизм дифференцируется от правых до левых движений. Например, к латиноамериканским популистским президентам последних двух десятилетий эксперты относят и тех, кто выступал за правую, т.е. более рыночную (неолиберальную) политику, например, перуанский

Альберто Фухимори и аргентинский Карлос Менем, и левых политиков, таких как венесуэльский Уго Чавес, боливийский Эво Моралес и эквадорский Рафаэль Корреа, которые мобилизовались вокруг своей оппозиции неолиберализму и неоимпериализму. Несмотря на различия в социально-экономической политике, этих лидеров объединяют заявления о том, что они боролись с коррумпированными элитами от имени народа [5, p. 412].

Главные линии популистского противостояния состоят в защите национальной идентичности государств и в апеллировании к интересам нации, народа и граждан. Идентичность играет определенную роль в большинстве популистских движений, хотя латиноамериканский популизм, как правило, больше фокусируется на материальной (распределительной) стороне (вопросы собственности, экономического суверенитета государства), в то время как европейский популизм проявляется в более сильном акценте на идентичность [там же]. Олицетворением популизма идентичности в Европе называют известную речь премьер-министра Венгрии Виктора Орбана, когда в 2014 г. он заявил, что венгерская нация строит новое государство, и это «не либеральное государство, а нелиберальное государство». Венгрия «не отрицает фундаментальных ценностей либерализма, таких как свобода и т.д., но она не делает эту идеологию центральным элементом государственного устройства, а применяет вместо нее национальный, особый подход»¹.

Один из общих призывов к сплочению популистских движений состоит в том, чтобы предоставить народу центральное место по отношению к элитам, осуществляющим государственную власть. Вместе с тем популистское представление о (простом) народе расплывчато, даже вымышленно. Обращение к понятию (простых) людей часто относится к неопределенной группе, исключенной из власти, – людям, чувствующим себя угнетенными со стороны элит [3, p. 484–485]. Популизм возникает из недовольства текущей ситуацией и процветает из-за разочарования людей, тревоги и страха перед будущим. Типичный антиэлитарный и ан-

¹ Csaba Tóth Full text of Viktor Orbán's speech at Băile Tușnad (Tusnádfürdő) of 26 July 2014. – URL: <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/> (дата обращения: 12.01.2021).

тиистеблишментский популистский нарратив характеризуется высоким уровнем политической фрустрации среди групп, которые считают себя социальными аутсайдерами. Популизм подпитывается массами недовольных граждан, потерявших веру в свою систему правления и проголосовавших за то, чтобы сломать систему, избрав лидера, обещающего радикальные перемены [2, р. 228].

Особый интерес у исследователей вызывают популистские процессы в Европе и в США – колыбелях глобального конституционализма и либеральной демократии. Как отмечает Я. Петров, в Европе наблюдается экстраординарная волна популизма, где он сочетается с евроскептицизмом, критикующим элитарный и нерепрезентативный характер европейской интеграции. Популисты критикуют наднациональные и внутригосударственные либерально-демократические структуры и конституционные процедуры за деформацию народной воли. По тем же причинам популизм обычно выступает против технократических и немажоритарных институтов, которые можно легко представить, как институционализированный элитизм и угрозу демократии [3, р. 474, 487, 492].

Ученые задаются вопросом, мог ли и каким образом современный конституционализм спровоцировать популизм и его нелиберальную повестку дня в Европе. Профессор А. Пин в этом контексте считает, что конфликт между национал-популистами и транснациональными или наднациональными организациями в Европе носит глубокий характер. Одна из движущих сил популистской реакции заключается в убежденности в том, что народ и избранные им институты занимают центральное место в политике, а их участие является проблематичным на уровне международных организаций в Европе. Эта аргументация беспокоит руководство ЕС и Совета Европы, где движущими силами институционально-правовых изменений после Второй мировой войны были органы, имеющие слабую демократическую легитимацию. Суды, а не выборные органы, часто были ключевыми игроками на общеевропейском уровне [4, р. 227].

Хотя общепринятая точка зрения состоит в том, что популисты выступают против правящих элит, против конституционализма, демократии и либерализма, Ник Фридман, ведущий эксперт Фонда права, справедливости и общества Оксфордского Университета, делает на три важных оговорки к этой стандартной оценке

[1, р. 2–7]. Во-первых, многие популистские лидеры сами являются элитой (Виктор Орбан, Дональд Трамп). Поэтому правильнее утверждать, что популисты противостоят только определенным элитам, а не противостоят элитам как таковым. Во-вторых, популисты не обязательно выступают против конституционализма в узком смысле этого термина, т.е. в смысле управления, которое согласуется с правилами конституции, включая правила о том, какие институты существуют, как они созданы и как они должны функционировать. В-третьих, популистские движения кажутся прагматичными в отношении мер, с помощью которых они стремятся реализовать свою повестку дня. Популизм процедурно гибок и будет поддерживать любые институты, включая Конституцию и судей, продвигающих его предметные цели [там же].

Темой особо пристального внимания последних лет стал вопрос об оценке влияния популизма на авторитет судов. В этом контексте на первый план вышла тема озабоченности усилением воздействия международного правосудия на внутренний конституционный правопорядок государств. Разделяя мнение многих авторитетных исследователей Э. Войтен пишет, что популистские международные суды являются частью либерального международного институционального порядка. Тексты, которые интерпретируют международные суды, как правило, продвигают основные либеральные цели, такие как расширение гражданских прав и свобод, улучшение функционирования внутренних рынков и содействие свободному потоку товаров, капитала и людей через границы. При толковании текстов договоров международные суды часто выносят решения, которые вступают в противоречие с популистской позицией государств вокруг собственности (например, в Африке и Латинской Америке по вопросам экспроприации), прав меньшинств, свободы и равноправия (Европа, США) [5, р. 412].

Оценивая негативное влияние популизма на авторитет решений международных судов, А. Пин отмечает, что он не просто предполагает изменения в существующем институциональном устройстве на транснациональном и наднациональном уровнях: популизм бросает вызов «глубоко укоренившейся политической культуре», которую международные суды формировали на протяжении десятилетий и на которой они основаны [4, р. 227].

Устойчивое влияние международных судов на конституционное устройство государств было обозначено в правовой литературе как феномен «судииализации политического выбора государств». По мнению А. Пина, этот феномен не просто меняет место принятия решений, но и лексику публичного дискурса. Разрыв между наднациональными судами и государствами в сочетании с заменой парламентского обсуждения судебным обоснованием способно вызвать чувство неполноценности или превосходства, что может усугубить социальную напряженность [4, р. 243–244].

Общеввропейские институты предпринимают попытку ответить на критику популистами слабой демократической легитимации международных судов, покушающихся на национальный конституционный правопорядок. Например, ЕС вот уже несколько десятилетий работает над повесткой дня по демократизации европейской интеграции (в частности, речь идет о предложениях по расширению полномочий Европейского парламента). При этом уже на ранних этапах европейской интеграции демократический характер Европейского сообщества рассматривался его судебной властью как реальность, а не просто как цель. В 1960-х годах Суд Европейского Суда (ЕСJ) в своем основополагающем решении *Van Gend en Loos*¹ обосновал прямое действие законов ЕЭС на демократический характер самого сообщества. Он заявил, что учредительный договор ЕЭС создал новый правовой порядок, который был создан народом и для народа, поскольку «граждане государств, объединившихся в сообщество, призваны сотрудничать в функционировании этого сообщества через посредство Европейского парламента»².

Многие эксперты в своих исследованиях высказывают озабоченность в том, что популизм оказывает негативное влияние на готовность национальных судов ссылаться на международное право и решения международных судов [2, р. 576; 3, р. 476; 4, р. 225–226]. По мнению Т. Хостовски-Брандес, ведущего лектора Университета Тель Авива (Израиль) и Школы права Колумбии (США),

¹ ECJ, Case 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1, Judgement of 5 February 1963.

² *Van Gend en Loos*, Case 26/62 at 12.

сохранение международного права в рамках внутригосударственного правового дискурса особенно важно в популистской обстановке по двум причинам. Во-первых, там, где конституционализм побежден популистами, международное право может служить важным источником, на который суды могут опираться для защиты прав человека. Во-вторых, применение международного права является средствами поддержания плюрализма в правовых и общественных дебатах в целях укрепления демократии [2, р. 576–577].

Столкновения международного правосудия с популизмом политических элит отдельных государств, по мнению Яна Петрова, объясняется общей тенденцией заметного роста авторитета международных судов, в их способности изменять внутреннюю государственную политику. С этим связана популистская неприязнь к международному праву прав человека, особенно к его универсалистским устремлениям. Судебные толкования международных норм в области прав человека рассматриваются популистами как особенно недемократические и индивидуалистические препятствия для внутренней народной воли и самобытности. В результате возникает определенное раздражение популистов по отношению к международным судам по правам человека и квазисудебным органам, а также неправительственным организациям (НПО), помогающих возбуждать дела в этих органах [3, р. 496].

В частности, особый резонанс вызвало решение ЕСПЧ 2012 г., которое запретило Великобритании экстрадировать исламского проповедника и подозреваемого террориста Абу Катаду в Иорданию из-за опасений, что он может быть подвергнут там пыткам. Это решение настолько расстроило тогдашнего министра внутренних дел Терезу Мэй, что она завила: «мы должны покинуть не ЕС, а ЕСПЧ и юрисдикцию его суда». Премьер-министр Дэвид Кэмерон ответил, что Абу Катаду не имеет права находиться в Великобритании, так как представляет угрозу для страны. «Я разделяю разочарование британского народа ситуацией, в которой мы оказались», – сожалел он [5, р. 417].

Профессор Э. Войтен, систематизируя популистские негативные реакции на международные суды, выделяет несколько их типов. Первый тип негативной реакции нацелен в целом против

власти суда, т.е. выступает за ее ликвидацию или существенное ограничение. Например, Зимбабве удалось ликвидировать трибунал сообщества по вопросам развития стран Юга Африки (САДК). Соединенное Королевство при Кэмероне использовало свое председательство в Совете Европы для предложения реформ, четкой целью которых было ограничение полномочий ЕСПЧ.

Второй тип отрицательной реакции выражается в том, что государства могут выйти из-под юрисдикции суда. Например, Венесуэла вышла из Межамериканского суда по правам человека, Руанда отозвала свою декларацию, предоставляющую своим гражданам доступ в Африканский суд по правам человека и народов, а Бурунди и Гамбия вышли из МУС. Некоторые страны правда в дальнейшем вернулись под юрисдикцию международных судов после того, как популисты потерпели поражение (например Гамбия после президента Джамме, Перу после президента Фухимори).

Близкой к выходу из-под юрисдикции является непризнание суда при рассмотрении конкретных споров. Боливия, Эквадор, Индонезия, Польша, Южная Африка и Венесуэла выходили из-под юрисдикции инвестиционного арбитража, когда это было возможно.

Третий тип реакции – это временная приостановка взаимодействия с судами из-за объявленных чрезвычайных ситуаций (например, приостановление Турцией действия Европейской конвенции по правам человека в 2016 г. при объявлении чрезвычайного положения) [5, р. 408–410, 417].

Под влиянием популизма по всему миру происходят заметные столкновения между международными и высшими национальными судами, когда последние отказываются признавать юрисдикцию наднациональной судебной власти, солидаризируясь в правящей популистской элите. Обозначенная тенденция характерна не только для Европы, где наиболее заметно противостояние ЕСПЧ и ЕС с высшими судами конституционной юрисдикции (Великобритания, Германия, Италия, Россия, Турция и др.). В Южной Америке, Африке, Азии происходят аналогичные процессы. В частности, когда Конституционный Трибунал Доминиканской Республики в 2013 г. обязал исполнительную власть пересмотреть и аннулировать гражданство доминиканцев гаитянского происхождения, Межамериканский суд по правами человека установил,

что постановление Трибунала нарушило межамериканские запреты на дискриминацию, принудительные выселки и не соответствует обязательствам предотвращать безгражданство. Трибунал отреагировал не только критикой и игнорированием решения Межамериканского Суда, но и принял постановление о том, что признание Доминиканской Республикой юрисдикции МСПЧ чело- века является неконституционным.

Популистская волна стимулирует развитие концепции конституционной идентичности, которую в последнее время в Европе выдвинули ряд стран для смягчения влияния права ЕС и Совета Европы. Популисты формируют свои нарративы идентичности в соответствии с конкретной социокультурной повесткой дня. Их призывы подчеркивают важность традиций, истории, религии, и этнической принадлежности. Такая ситуация обусловлена прежде всего тем, что наднациональная судебная практика отличается категоричностью и вступает в противоречие с представлениями наций и народов государств о нравственности, добродетели, безопасности, семейных и религиозных ценностях и др. Например, в период популистской эры 2005–2007 гг. в Польше ЕСПЧ постановил, что решение Леха Качиньского запретить марш за права геев в Варшаве нарушает Конвенцию. Это решение мгновенно снизило авторитет международного правозащитного правосудия в Польше и дало повод государству вступить в конфронтацию с ЕСПЧ. В категоричной манере ЕСПЧ рассмотрел некоторые ограничения свободы в Турции. В деле Демирташа против Турции ЕСПЧ постановил, что, хотя арест заявителя – представителя прокурдской политической партии – был основан на обоснованном подозрении в совершении преступлений, связанных с терроризмом, его длительное содержание под стражей было неоправданным и было направлено на ограничение политического участия господина Демирташа. В ответ на это Президент Турции Эрдоган заявил, что решение ЕСПЧ равносильно поддержке терроризма.

Несколько категоричных решений касались и популистского режима Орбана в Венгрии, в частности его иммиграционной политики и отстранения Андраша Бака от должности Председателя Верховного Суда Венгрии. В 2017 г. Виктор Орбан выступил с речью, требующей срочных реформ ЕСПЧ, поскольку его решения

представляют собой угрозу безопасности граждан ЕС и стимулируют приглашение мигрантов [3, р. 501–502, 505].

Оказавшись посредником между популистами и европейскими стандартами либеральной демократии Суд ЕС и ЕСПЧ эволюционируют в своих правовых позициях, что по-разному оценивается правоведами. Смягчающей отношения конфронтации признается доктрина свободы усмотрения, которая обеспечивает определенную сдержанность международных судов. Доктрина свободы усмотрения позволяет сегодня ЕСПЧ предоставлять государствам, их судам некоторую свободу действий в применении Европейской конвенции по правам человека. Под влиянием доктрины свободы усмотрения ЕСПЧ иначе оценивает и свои традиционные доктрины «суда как живого инструмента», «пропорциональности» и «соразмерности ограничений» принципов и прав человека. Эволютивная политика позволяет ЕСПЧ учитывать конституционную идентичность государств, оставаясь в рамках конвенционного права.

Например, в решении ЕСПЧ *Lautsi and Others vs Italy*, 2009 г. говорилось, что итальянский закон, предписывающий распятие в каждом классе государственной школы, нарушает свободу вероисповедания. Это решение немедленно вызвало бурю возмущения. Президент Сильвио Берлускони, назвал его «одним из тех решений, которые заставляют нас сомневаться в здравом смысле Европы». Популистская правая Лига Севера использовала контроль местных органов власти для распространения распятий на главных площадях деревень и принятия подзаконных актов, обязывающих владельцев магазинов выставлять распятие. Итальянские популисты утверждали, что распятие стало символом итальянской идентичности (а не религии) с оттенком исключения ислама из этой идентичности. Постановление ЕСПЧ также столкнулось с беспрецедентным противодействием тринадцати государств-участников, которые присоединились к материалам обжалования решения Суда. В 2011 г. Большая палата ЕСПЧ отменила единогласные решения Палаты 15–2, утверждая, что «решение о том, следует ли увековечивать традицию, в принципе относится к компетенции государства-ответчика» (*Lautsi and Others vs Italy*, App no 30814 / 06, 18 марта 2011 г.). Другими словами, ЕСПЧ определил, что он дол-

жен оказывать большее уважение государствам при решении дел о правах личности [5, р. 418].

Популистская реакция против международных судов связана не только с защитой национальной идентичности и суверенитета, но и часто следует за попытками обуздать внутренние суды, обычно по аналогичным причинам [5, р. 407]. Архитектоника взаимодействия государственной власти с национальной судебной властью под влиянием популизма также носит сложный, многовекторный характер.

Одна тенденция – это объединение популистов с национальными судами в продвижении своей политической линии. С популистской точки зрения суды и конституции политически и символически могущественны: для популистов лучше, чтобы национальные суды работали с ними, чем против них, и пока суды работают с ними, у них будет меньше стимулов вмешиваться в них. Наглядным примером тому является популистское движение под эгидой Президента Трампа в США. Не отвергая Конституцию США и Верховный суд, американские популисты в высшей степени привержены защите того, что они считают миссией этих институтов [1, р. 5–6].

Другой тенденцией является наступление популистской государственной власти на институт независимости судов внутри государств.

Н. Фридман считает, что одной из наиболее острых проблем, вызванных глобальным подъемом популистских движений, является их угроза независимости и надлежащему функционированию судебной системы. По его мнению, существует общая тенденция среди новых популистских лидеров использовать целый ряд мер, от негативных публичных высказываний до более радикальных мер, таких как конституционные поправки и изменение состава судов, направленных на вмешательство в независимость судебной власти. Например, в Турции, и в Венгрии популистские лидеры закрепили свою власть с помощью конституционных поправок, которые сначала расширили их конституционные суды, а затем были быстро заполнены партийными лоялистами. Турецкие конституционные поправки затронули также ограничения срока полномочий судей, критерии отбора и процедуры отбора [1, р. 1–2]. Ник Фридман обращает внимание на то, что, когда попули-

сты таким образом вмешиваются в работу судов, они заявляют, что действуют во имя народной воли и такое влияние на население дает основание предположить о долгосрочном влиянии популизма на суды [1, р. 2–3].

Аналогичную оценку общей тенденции наступления популизма на национальные суды дает Э. Войтен. В частности, он считает, что польское и венгерское правительства реконфигурировали свои высшие суды и ограничили судебную независимость, в Латинской Америке как левые, так и правые популистские лидеры подорвали независимость судебной системы [5, р. 413].

Общим знаменателем популизма является не упразднение судов, а стремление уменьшить их авторитет и способность действовать в качестве инструмента вето. Например, в Великобритании популистские движения сосредоточены на исключении определенных групп иммигрантов и преступников из числа добродетельных людей и мобилизовались против британских судов, которые выносили решения в пользу прав заключенных или иммигрантов, прежде чем они переключили свое внимание на ЕСПЧ [там же].

Таким образом, противостояние популизма международным и национальным судам в контексте несогласия с их позициями по защите ценностей либеральной демократии выглядит как неоднозначный процесс, требующий двустороннего движения в сторону диалога и поиска компромисса. Важно понимать, что отличительной чертой популистского вызова является привлекательность идеологической основы популизма, его способность отражать интересы простых людей и использовать политическую конъюнктуру. Решения судов становятся заметными, когда они выступают против идей, в отношении которых уже существует популистская и общественная мобилизация. В то же время нельзя категорично утверждать, что прецедентное право судов полностью построено на ценностях, которые противоречат популистской идеологии. С одной стороны, международное судебное прецедентное право прочно проникло в практику национальных судов, повлияло на национальные конституции и законы, изменило внутривнутриполитические повестки дня, повысило стандарты в области прав человека и служит инструментом для фиксации демократического развития и предотвращения отступления от основных принципов либераль-

ной демократии. С другой стороны, признание международными и национальными судами доктрин свободы усмотрения, конституционной (национальной идентичности) государств, учет особенностей государственно-правового развития отдельных стран позволяет найти компромисс между популизмом и судебной практикой на пути укрепления правопорядка в интересах людей, наций и народов.

Список литературы

1. Friedman N. The impact of populism on courts: Institutional legitimacy and the popular will / The foundation for law, justice and society in association with the Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College, University of Oxford. – 2020. – 8 p. – URL: <https://www.fljs.org/content/impact-populism-courts> (дата обращения: 20.01.2021).
2. Hostovsky Brandes T. International law in domestic courts in an era of populism // International journal of constitutional law. – 2019. – Vol. 17, N 2. – P. 576–596. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3195454 (дата обращения: 20.01.2021).
3. Petrov J. The populist challenge to the European Court of Human Rights // International journal of constitutional law. – 2020. – Vol. 18, N 2. – P. 476–508. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3274119 (дата обращения: 20.01.2021).
4. Pin A. The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts // German law journal. – 2019. – Vol. 20, N 2. – P. 225–244. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/transnational-drivers-of-populist-backlash-in-europe-the-role-of-courts/43517F800FB140AC7A2D7F9AFFCAF4EE> (дата обращения: 20.01.2021).
5. Voeten E. Populism and backlashes against international courts // Perspectives on politics. – 2020. – Vol. 18, N 2. – P. 407–422. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3255764 <https://doi.org/10.1017/S1537592719000975> (дата обращения: 20.01.2021).

ТЕОРИЯ ПРАВА

УДК 34.01

DOI:10.31249/rgpravo/2021.02.10

ЧЕТВЕРНИНА А.В.¹ ПОНЯТИЕ ПРАВА, СВОБОДА И МОРАЛЬ В РАБОТАХ ГЕРБЕРТА ХАРТА (КЛАССИЧЕСКАЯ НАУЧНАЯ ЛИТЕРАТУРА ДЛЯ ЮРИСТА). (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматриваются основные подходы к пониманию права в работах известных философов и теоретиков права, начиная с середины прошлого столетия и до настоящего времени, прежде всего, основателя аналитического неопозитивистского направления в понимании права – Герберта Харта. В российской философской и правовой научной литературе обсуждение концептуально-методологического понимания права Г. Харта носит фрагментарный и неглубокий характер. Прежде всего это связано с отсутствием перевода на русский язык основных работ Г. Харта, дискуссий с участием его сторонников и оппонентов. Отчасти эту проблему восполняют переводы на русский язык двух книг Герберта Харта – «Понятие права» (переведена в 2007); «Право, свобода и мораль» (переведена в 2020), а также книги профессора права Оксфордского университета Реймонда Уакса «Философия права: Очень краткое введение» (переведена в 2020), в которой показано, что и в современном мире продолжает доминировать академическая дискуссия о соотношении права и морали.

Ключевые слова: философия права; право и справедливость; право и социальные правила; мораль и право; юридический позитивизм; либерализм.

CHETVERNINA A.V. The concept of Law, Freedom and Morality in the works of Herbert Hart (Classical scientific literature for the lawyer). (Review).

¹ Четвернина А.В., научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Abstract. The review examines the main approaches to the understanding of law in the works of famous philosophers and legal theorists, starting from the middle of the last century and up to the present time, first of all, the founder of the analytical neo – positivist direction in the understanding of law – Herbert Hart. In the Russian philosophical and legal scientific literature, the discussion of the conceptual and methodological understanding of Hart's law is fragmentary and shallow. First of all, this is due to the lack of translation into Russian of the main works of G. Hart, discussions with the participation of his supporters and opponents. This problem is partly solved by the translations into Russian of two books by H.L.A. Hart («The Concept of Law»; «Law, Freedom and Morality») and the book «Philosophy of Law: a Very Brief Introduction» by Raymond Wacks, Professor of Law at Oxford University, in which it is shown that the academic discussion about the relationship between law and morality continues to dominate in the modern world.

Keywords: philosophy of law; law and justice; law and social rules; morality and law; legal positivism; liberalism.

Герберт Харт (1907–1992) – британский философ и правовед, автор многих влиятельных статей и книг, в том числе «Понятие права», «Право, свобода и мораль», «Причинность в праве», «Мораль уголовного права» и др.¹ В России были изданы переводы двух его книг – «Понятие права» в 2007 [1] г. и «Право, свобода и мораль» в 2020 г. [2].

Многие считают Г. Харта наиболее выдающимся философом права XX в. Его исследования проливают свет на смысл правовых понятий, способов их применения и то, как сегодня мы понимаем право и правовую систему [5, с. 49]. Необычная биография Харта, его опыт юриста-практика и философа, способствовали достижению им блестящего синтеза философии и правоведения и сильно изменили подходы к изучению права во всем мире. Как пишут о нем, «Харт более чем кто-либо революционизировал методы юриспруденции и философии права в англоговорящем мире. Г. Харт применил средства аналитической и, особенно, лингвистической, философии к центральным проблемам теории права» [4, с. 2]. Самым знаменитым произведением Г. Харта и главным про-

¹ См.: Hart H.L.A. The Concept of Law. – Oxford : Oxford Univ. Press, 1961; Law, Liberty and Morality. – 1963; Causation in Law. – 1959; The Morality of the Criminal Law. – 1965.

изведением философии права XX в. называют его *opus magnum* «Понятие права»¹, второе издание, с новым постскриптумом, вышло уже после смерти Г. Харта в 1994 г.

Англоязычная философия права XX в. фактически основана на дебатах Г. Харта с философами и юристами прошлого века, а также на последующих комментариях к дискуссиям. В их числе: дебаты Г. Харта и Л. Фуллера о соотношении морали и права, о праве (или отсутствии такового) в нацистской Германии; спор Г. Харта и Р. Дворкина о наличии моральных принципов в праве, о соотношении морали и права; дебаты Г. Харта и Дж. Раза о так называемых «включающем» и «исключающем» юридическом позитивизме; спор Г. Харта и лорда П. Девлина о возможности регулирования моральной сферы с помощью закона, о допустимости юридического морализма и юридического патернализма [3, с. 112–113]. По мнению современников, глубокий анализ фундаментальных проблем философии права, представленный Хартом в книге «Понятие права», изданной в 1961 г. до сих пор не теряет своей значимости и актуальности. История показала, что развитие философии права в прошлом веке и в текущем столетии по-прежнему связано с реакцией ученых и современных критиков позиции Харта, изложенной в его «*The Concept of Law*».

В книге «Понятие права» развивается утонченная версия юридического позитивизма [5, с. 65]. Как известно, в философии права на протяжении длительного времени противостоят друг другу две традиции – естественного права и юридического позитивизма. В основе теорий естественного права лежит представление о существенной, необходимой связи права и морали (в наиболее прямой формулировке это выражается словами «несправедливый закон вообще не есть закон»). Юридический позитивизм отрицает такую необходимую связь права и морали.

Идеи юридического позитивизма господствовали на протяжении XIX и первой половины XX в. Однако они стали подвергаться сильной критике после окончания Второй мировой войны, когда в позитивизме, в его идее о том, что право может быть каким угодно, независимым от морали, стали видеть одну из установок, способствовавших злодеяниям нацистского режима в Германии

¹ См.: *The Concept of Law*. – Oxford, 1961.

(многие нацистские преступники на судах оправдывались тем, что всего лишь исполняли действовавшие в то время законы). После войны идеи естественного права стали активно возрождаться. Этому способствовали и явные недостатки господствовавшей на протяжении долгого времени разновидности позитивизма – так называемой командной теории права, связывавшейся с именем английского правоведа XIX в. Дж. Остина.

В своей книге Г. Харт поставил задачу разработать более совершенную форму юридического позитивизма. Он отмечает следующие черты права, которые порождают множество проблем и вопросов при анализе понятия права:

– каково соотношение права и принуждения? Право – это механизм социального контроля, законы часто регламентируют поведение человека, делают его не добровольным, а обязательным. Означает ли это, что право представляет собой механизм, позволяющий заставлять людей делать то, что они, скорее всего, не делали бы только по своему желанию?

– каково соотношение права и морали? И право, и мораль ограничивают свободу нашего поведения, накладывают на нас определенные обязанности. Очень часто они требуют одного и того же, например, запрещают убийство и изнасилование. Поэтому иногда трудно провести грань между правом и моралью. С другой стороны, в истории бывает и так, что закон требует от людей аморального поведения (в качестве примера Харт приводит некоторые законы нацистской Германии). Означает ли это, что в определенных ситуациях требования права и морали могут различаться?

– никто не отрицает существования правовых норм. Но чем нормы права отличаются от других норм, например, от правил этикета, обычаев? Можно ли считать, что правовые системы состоят исключительно из правовых норм, или они включают что-то еще? Действительно ли судьи выносят решения только на основании норм права или это упрощение того, как это происходит в действительности? Например, когда судьям приходится выносить приговор в случаях, когда нормы права неясны, или противоречивы;

– понятие права «озадачивает» и в связи с наличием некоторых «пограничных» случаев, которые имеют много общего с правом, но также имеют много несходных с ним черт. Например, право первобытных народов – это право или нет? Международное

право – право или нет? Те, кто отвечают «нет», аргументируют свой ответ встречными вопросами: если это право, то где законодательные органы, которые его устанавливают, где суды, которые применяют это право, где карательные органы, которые силой проводят законы в жизнь? До тех пор, пока мы не поймем, какое отношение к праву имеет законодательная и судебная власть, мы не сможем отнести международное право и племенное право к собственно праву. Только когда мы будем хорошо понимать, что такое право, мы сможем разобраться с «пограничными случаями».

Для решения этих вопросов Г. Харт начинает свою книгу с анализа концепции выдающегося английского правоведа XIX в. Джона Остина, идеи которого доминировали в юриспруденции на протяжении столетия. Г. Харт, однако, подвергает теорию Остина решительной критике. Дж. Остин первым сформулировал системный подход к теории юридического позитивизма. Он считал, что философия права (или юриспруденция, как он предпочитал ее называть), имеет две важные, но различные задачи: *аналитическая юриспруденция* занимается анализом понятий и структуры права «как оно есть»; *нормативная юриспруденция* включает в себя оценку, критику права и делает утверждения о том, каким право «должно быть». Это разграничение между двумя разделами юриспруденции означает, что концепция права Дж. Остином основана на отрицании теории естественного права. Сама идея «права как оно есть» подразумевает, что право есть право, независимо от того, как мы его оцениваем, каким оно «должно быть». «Право как оно есть» называется *позитивным* правом, потому что установлено (*posited, given its position*) человеческими властями, отсюда и название для данной группы теорий – «юридический позитивизм».

Теорию Дж. Остина часто называют «командной теорией права». Остин утверждает, что все законы – это команды (повеления), даже тогда, когда они не выражены в повелительной форме [5, с. 45–47]. Закон – это принудительный метод социального контроля. Он требует внимания и повиновения от тех, к кому обращает свои директивы. Такой «закон» не может контролировать социальное поведение, но именно в этом-то и заключается весь смысл законов. Г. Харт, показывает, что командная теория Дж. Остина либо искажает, либо не может объяснить две фундаментальные особенности правовых систем, а именно – *преемственность* зако-

нодательной власти и *сохранение* законов в течение долгого времени. По мнению Г. Харта, Остин начал блестяще, провозгласив резкое разграничение между правом и моралью и поставив множество глубоких вопросов о сущности права, но закончил полностью неудовлетворительной теорией права, теорией, которая делает правовую систему чем-то вроде разбойника с большой дороги, отдающего приказания, подкрепленные угрозой применения силы.

Показав неудовлетворительность командной теории права, Г. Харт попытался предложить другую теорию, более гибкую, более близкую к жизни, охватывающую все разнообразие законов. Теория права по Харту – это «система первичных и вторичных правил», весьма глубокая и убедительная теория. Поэтому после выхода книги Г. Харта многие решили, что вопрос «что такое право» решен раз и навсегда. При том, что почти все признают, что в теории Г. Харта юридический позитивизм достиг своей вершины, некоторые утверждают, что даже самая лучшая версия юридического позитивизма серьезно искажает сущность права.

По мнению Р. Уакса, позитивизм Харта далек от картины права как преимущественно принуждения, нарисованную Дж. Остином. Харт рассматривает право как социальный феномен, который можно понять лишь через описание реальных социальных практик некоторого сообщества. Чтобы оно могло выжить в качестве сообщества, необходимы определенные фундаментальные правила, которые Харт называет «минимальным содержанием естественного права». Харт отделяет свою версию юридического позитивизма как от утилитаризма, так и от командной теории права Остина [5, с. 49–51]. Ядром теории Харта является существование фундаментальных правил, принимаемых официальными лицами в качестве процедурных требований принятия законов. Самое важное из них он называет правилом признания. Право, по Харту, – это система правил. Все общества имеют социальные правила. В их число входят правила, относящиеся к морали, а также правила обязанностей. Правила, налагающие обязанности или обязательства, могут подразделяться на моральные и юридические правила (или право). По мнению Харта, все общества нуждаются в правилах, регулирующих обязанности. Юридические правила разделяются на первичные и вторичные. Первые запрещают приме-

нение насилия, воровство и обман. К первичным правилам сводятся правила примитивных сообществ.

Для существования правовой системы требуется удовлетворение двух условий. Первое – юридически действительные правила обязанностей должны в целом соблюдаться членами общества. Второе – официальные лица должны признавать правила изменения и принятия судебных решений, или признавать правила с внутренней точки зрения [5, с. 52–55].

Многие специалисты в области философии права оценили хартовскую теорию права («систему первичных и вторичных правил») как глубокую и весьма убедительную. Многие, но не все. По мнению целого ряда авторов, слабым местом книги Г. Харта является то, что она не содержит разработанной теории принятия судебных решений. Самым решительным критиком юридического позитивизма Г. Харта выступил американский философ Рональд Дворкин (преемник Г. Харта на посту профессора юриспруденции в Оксфордском университете), разделявший позиции теории естественного права¹.

Р. Дворкин сосредоточил свою критику на самом уязвимом месте работы Г. Харта – теории судебных решений в трудных случаях. Он утверждал, что модель принятия решений в трудных случаях, предложенная Г. Хартом, неудовлетворительна, поскольку, сосредоточена на правилах и не учитывает, что часто решения основываются и на *моральных* соображениях. Р. Дворкин подчеркивал важность правовой традиции, истории и моральных принципов, лежащих в основе институтов и права данного сообщества. Все это накладывает ограничения на апелляции к морали при принятии судебных решений. По его мнению, слабым местом книги Г. Харта является отсутствие разработанной теории принятия судебных решений [5, с. 72–77].

Согласно Р. Дворкину, лучший способ проверить модель Г. Харта – это взять реальные судебные дела и посмотреть, помогает ли теория Г. Харта понять, что в них происходит, или искажает ситуацию. Р. Дворкин утверждает, что в основном искажает. Он считает слишком упрощенной идею о том, что судьи либо приме-

¹ Рональд Дворкин – американский философ, сторонник теории естественного права, основной критик юридического позитивизма. Автор известных работ: *Taking rights seriously*. – Cambridge, 1976; *Law's empire*. – Cambridge, 1986, и др.

няют правила, либо «законодательствуют». С одной стороны, право содержит не только правила, но и другие юридические стандарты, которые используются при принятии решений, некоторые из которых – моральные по своей природе. С другой стороны, судьи не имеют такого простора для «законодательства», как это представляет Г. Харт, именно потому, что они ограничены этими стандартами [4, с. 2].

Если судьи апеллируют к ценностям, то это должны быть ценности той правовой системы, в рамках которой он действует. Р. Дворкин называет апелляцию к общим стандартам справедливости (или честности) апелляциями к *принципам*, и подчеркивает, что принципы отличаются от правил в некоторых важных отношениях. Если правила, говорит он, применяются в стиле «все или ничего», одно из них должно быть либо отменено, либо изменено так, чтобы допускать исключение, или же должно быть признано, что в случае конфликта правил одному из них всегда дается преимущество [подробнее см.: 4, с. 2–3].

Р. Дворкин утверждает, что единственно правильная модель принятия судебных решений – та, в которой судьи рассматривают себя как ищущих правильный ответ на вопрос: «кто имеет право?» В этом их институциональная роль и этим они отличаются от законодателей, которые могут с полным основанием основывать свои решения на идее общего блага. Роль суда в демократическом обществе заключается не в том, чтобы быть еще одним законодательным органом, выражающим предпочтения большинства, а в том, чтобы выявлять и защищать права и, тем самым, часто ограничивать притязания большинства. Общая идея Р. Дворкина состоит в том, что обязанности судей определяются не точными правилами (как считают позитивисты), основанными на правиле признания, а «созвездием принципов», а не только правил. Это обязанность найти правильный ответ в рассматриваемом деле, каким бы сложным и спорным оно не было. Источник этой обязанности в прошлом, во всем комплексе судебных и законодательных правил, судебных решений и неписанных принципов права.

В 1994 г., уже после смерти Г. Харта, вышло второе издание «Понятия права» с новым «Постскриптумом». Целью его было дать ответ на критику, высказанную в адрес теории Г. Харта со времени первого издания книги. Г. Харт умер во время работы над «Постскриптумом», и он остался незаконченным. Г. Харт намере-

вался написать две части, в первой из которой ответить на критику Дворкина, а во второй – всем остальным, но успел закончить только первую часть.

Одним из важнейших моментов в критике Р. Дворкина было то, что Г. Харт ошибочно представляет право, состоящим только из правил (в духе «все или ничего») и игнорирует другую разновидность правовых норм, а именно принципы, которые играют важную роль в юридической аргументации и вынесении судебных решений. В «Постскриптуме» Г. Харт признает, что он слишком мало сказал в своей книге о вынесении судебных решений и юридической аргументации. Он также признал, что противопоставление правил и принципов имеет под собой разумное основание, что большой заслугой Р. Дворкина является то, что он показал роль и важность принципов в юридической аргументации. Однако, по мнению Г. Харта, резкий контраст между юридическими правилами и юридическими принципами не обоснован. Кроме того, принятие принципов как части права и идея правила признания не являются несовместимыми, как это утверждает Дворкин.

В послесловии к изданным книгам Г. Харта на русском языке отмечается, что практически вся философия права последних десятилетий выросла из «Постскриптума» Харта и спора между Хартом и Дворкиным в целом (как русская литература выросла из гоголевской «Шинели»). На этом строятся современные оживленные дискуссии об оправданности «включающего» и «исключающего» позитивизма. Но и противоположная точка зрения имеет многих влиятельных сторонников, в том числе, Дж. Раза¹, известного британского правоведа и ученика Г. Харта.

В другой известной работе Г. Харта «Право, свобода и мораль» рассматривается применение уголовного права для обеспечения соблюдения моральных норм, особенно в сфере сексуальной морали. Она была написана Г. Хартом после публикации доклада Правительственной Комиссии под председательством Дж. Вулфендена в 1957 г., в котором правительству рекомендовалось разрешить частную проституцию, но запретить публичное зазывание

¹ Джозеф Раз, профессор философии Оксфордского университета. Сторонник «жесткого» или «экслюзивистского» юридического позитивизма. Утверждает, что права автономно, что содержание права можно выявить без обращения к морали (подробнее см.: [5, с. 62–64].

клиентов, а также легализовать гомосексуальные отношения между взрослыми людьми (старше 21 года), совершающиеся наедине и по взаимному согласию. Работа представляет собой полемику с британскими правоведами Дж.Ф. Стивенсом и П. Девлином, выступившими с критикой тезиса Дж. Стюарта Милля о том, что «единственная цель, ради которой может быть правомерно применена сила к любому члену цивилизованного общества против его воли, — это предотвращение вреда другим». Харт рассматривает в ней проблемы свободы, толерантности, права на частную жизнь и сексуальной морали, а также пределы вмешательства государства в жизнь граждан. Публикация данной работы Харта послужило стимулом для формирования современной концепции «принципа вреда», юридического патернализма и юридического морализма.

В докладе Комиссии был изложен следующий взгляд на цели уголовного права: «задачей уголовного права, как мы ее видим, является сохранение общественного порядка и приличий, защита гражданина от того, что является оскорбительным или вредным, и обеспечение гарантий против эксплуатации или развращения со стороны других... С нашей точки зрения, задачей права не является вмешательство в частную жизнь граждан или стремление навязывать какие-то конкретные способы поведения... Должна оставаться сфера частной морали, в которую, коротко и грубо говоря, закон не должен совать свой нос» [3, с. 114]. В основе этой позиции лежат идеи Джона Стюарт Милля, известные как «принцип вреда» (или «непричинения вреда»), согласно которому использовать право против граждан можно только для предотвращения вреда другим гражданам. В послесловии С. Моисеева к русскоязычному изданию книги отмечается, что было бы ошибочным сводить проблематику спора между Хартом и Девлином только к вопросам легализации проституции и гомосексуализма [там же]. Правительство Великобритании приняло рекомендации комиссии Вулфендена относительно легализации проституции, но и отвергло легализацию гомосексуализма (гомосексуализм оставался в Англии уголовным преступлением до 1967 г.).

В ходе дискуссии Харта и Девлина также поднимались проблемы философии права, основания для ограничения свободы людей и пределах вмешательства государства в жизнь граждан. То есть о том, что называют «пределами права», основаниях для

ограничения свободы людей и пределах вмешательства государства в жизнь граждан. Речь шла о том, какие сферы жизни людей допустимо регулировать при помощи права, может ли государство определять, что следует считать морально допустимым, можно ли использовать закон для укрепления морали в обществе, имеет ли государство право применять силу закона во имя блага индивидов, даже если они сами этого не хотят.

Г. Харт, с одной стороны, поддержал рекомендации комиссии Вулфендена и выступил с критикой позиции Патрика Девлина. Вместе с тем осознавая, что идеи Милля, на которых основывались выводы комиссии, уязвимы для критики, Харт выдвигал более умеренные варианты. В отличие от Милля, Харт считал, что основанием для принуждения при помощи права может быть не только вред, причиняемый другим. Харт начинает с разграничения принуждения с целью поддержания моральных норм общества (юридический морализм) и принуждения для защиты индивидов от самих себя (юридический патернализм). Если Милль возражал против патернализма, исходя из своего принципа вреда, то Харт полагал, что юридический патернализм имеет право на существование [3, с. 119].

Согласно преобладающему мнению философов права того времени, в споре Харта и Девлина победил Харт. Его критика концепции Девлина была убедительна. На стороне Харта выступили такие светила мировой философии права, как Р. Дворкин и Дж. Фейнберг, которые критиковали позицию Девлина с других позиций (3, с. 123). Вместе с тем спор Харта и Девлина имел большое практическое значение. Аргументы каждого из них цитировались в судах и парламентах разных стран, на заседаниях ООН. Все больше стран шло по пути смягчения законодательства, регулирующего сексуальную мораль, и декриминализации гомосексуализма.

Однако в дальнейшем становилось все более очевидным, что победа в споре не всегда означает, что с течением времени аргументы «победителя» остаются правильными. В середине 60-х годов прошлого столетия казалось, что теория морализма Девлина разгромлена, а прогрессивные либералы во главе с Хартом одержали окончательную победу. В начале нового тысячелетия стало ясным, что ситуация намного сложнее. По мнению С.В. Моисеева,

наблюдается явный подъем «третьей волны морализма», когда некоторые либералы становятся сторонниками морализма и доказывают совместимость этих позиций [3, с. 130]. Несмотря на то что многие государства в последние десятилетия пошли по линии либерализации уголовного законодательства, следуя идеям Вулфендена-Харта, они по-прежнему отказываются от полного устранения защиты морали как легитимной цели уголовного права. Тем не менее идеи Харта и его оппонентов не теряют своей актуальности, продолжают оказывать влияние на изменения, вносимые в законодательство разных стран, касающиеся регулирования сексуального поведения. А философско-правовые споры, в которых участвовал Харт, продолжают оставаться источником дальнейших теоретически прорывов и улучшения существующего законодательства.

Список литературы

1. Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. – СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. – 302 с.
2. Харт Г. Право, свобода и мораль / пер. с англ. С. Моисеева. – М. : Изд-во Института Гайдара. – М., 2020. – 130 с. – (Философия и мораль). – Перевод изд.: Herbert Hart. Law liberty and morality. – Stanford, California : Stanford University Press, 1991. – Библиогр. в подстроч. примеч.
3. Моисеев С.В. Послесловие. Г.Л.А. Харт и современная философия права // Право, свобода и мораль / пер. с англ. С. Моисеева. – М. : Изд-во Ин-та Гайдара. – М., 2020. – С. 111–130.
4. Моисеев С.В. «Понятие права» Герберта Харта : электр. ресурс. – URL: <https://studfile.net/preview/7707067/> (дата обращения: 12.02.2021).
5. Уакс Р. Философия права. Краткое введение / пер. с англ. С. Моисеева. – М. : Изд-во Ин-та Гайдара. – М., 2020. – 176 с.

АЛФЕРОВА Е.В.¹ РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ : ЕРШОВ В.В. РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВООТНОШЕНИЙ : монография. – М. : РГУП, 2020. – 651 с.

Ключевые слова: теория права; правоотношения; правовое регулирование; индивидуальное регулирование; неправо; источники и формы права; пробелы в праве; применение международных норм.

ALFEROVA E.V. Book review: Yershov V.V. Regulation of legal relations: monograph.

Keywords: theory of law; legal relations; legal regulation; individual regulation; non-law; sources and forms of law; gaps in law; application of international norms.

Как отмечает во введении В.В. Ершов, ректор Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, академик РАЕН, тема «Правовое регулирование правоотношений» не пользуется необходимым вниманием ученых-правоведов (с. 7). В то же время, отдельные специалисты в той или иной мере обращаются к вопросам правового регулирования, и анализ их публикаций показывает, что регулирование правоотношений как предмет научных исследований и практической деятельности правотворческих и правоприменительных, в том числе судебных органов, является малоизученным и дискуссионным. Эти отношения в ряду многообразных общественных отношений, возникающих в реальной жизни, являются особо значимыми для

¹ Алферова Е.В., ведущий научный сотрудник, заведомом правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

личности, общества и государства. Исследованию специфики их регулирования и посвятил В.В. Ершов свой труд.

Следует сказать, что структура монографии имеет ряд особенностей: весь ее большой и глубокий теоретический материал группируется с учетом специфики исследуемого предмета на несколько взаимосвязанных между собой глав: «Анализ права с общенаучных позиций» (гл. 1); «Универсальные проблемы права» (гл. 2); «Индивидуальное регулирование правоотношений» (гл. 3); «Специальные современные вопросы российского права» (гл. 4).

Исходя из анализа права с общенаучных позиций, автор, разделяет все проблемы права на *универсальные*, которые важны не только для правовой системы России, но и для других стран, и *специальные*. К универсальным В.В. Ершов относит правопонимание, правотворчество и правоприменение, соотношение права и неправа, международное и национальное право, парные регуляторы правоотношений; теоретические и практические вопросы источников и форм права, пробелы в праве, верховенство права и правовое государство, принципы права, определенность права. Полагаю, что несомненный интерес у читателя вызовет авторский обзор позиций Г. Гегеля, Г. Харта и Р. Дворкина на право и неправо и его выводы.

Так, анализируя категорию «неправо», Г. Гегель подчеркивал: «...отрицание и есть неправо...право...переходит в неправо, в видимость – в противопоставление друг другу права в себе и особенной воли, в которой право в себе становится особым правом»¹. Отсюда, как замечает В.В. Ершов, неизбежно возникает вопрос: «неправо» (*ungerecht*) – «видимость» права или «особенное», но все-таки право (*recht*)? И в поисках ответа на него, анализа категорий «право» и «неправо» делает вывод, что «“неправо” и “право” – различные категории, и поэтому теоретически недостаточно корректно относить их к одному правовому явлению – праву и (или) “особенному праву”. Право и неправо – различные регуляторы правоотношений – правовые и индивидуальные, например, судебные акты. Неправо также существует и в виде социальных регуляторов общественных отношений, не являющихся правоотношениями, в частности моральные нормы. Право и неправо – объ-

¹ Гегель Г. Философия права. – М. : Мысль, 1990. – С. 137.

ективно необходимые регуляторы правоотношений. Первое – регулятор правоотношений как для неопределенного, так и для определенного числа лиц (например, норма права). Второе – неправое – прежде всего связано с абстрактным и относительно определенным характером права, а также бесчисленным многообразием реальных правоотношений» (с. 79).

Как известно, право выражается в принципах и нормах права, обязательных для субъектов правоотношений, регулирующих их взаимозависимость и взаимосвязь, а не «отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права». Отсюда, утверждает автор, отождествление права и «неправа» теоретически дискуссионно, а практически контрпродуктивно: «...видимость есть неистинное, исчезает, и в этом исчезновении сущность показала себя как сущность, т.е. власть»¹. Исходя из этой посылки, В.В. Ершов делает следующий вывод: по Г. Гегелю, «неправо» есть «неистинное» право. Однако «неправо» является объективно необходимым индивидуальным регулятором правоотношений для определенного числа лиц, которое не может «исчезать», а во взаимосвязи с правовым регулятором более эффективно регулирует правоотношения (с. 80).

Дифференцируя право и неправое, автор показывает различную природу правового и индивидуального регулирования, выделяет и характеризует виды индивидуального регулирования правоотношений, систематизирует индивидуальные регуляторы правоотношений. Позиция В.В. Ершова здесь четко выражена: «объективная необходимость индивидуального регулирования правоотношений вызывается не только абстрактным характером основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, но и нормами права, а также и их относительной определенностью. Все эти обстоятельства и обуславливают неразрывную взаимосвязь правового и индивидуального регулирования правоотношений, их существование как парных категорий» (с. 98).

Речь идет о таких парных категориях, как «правовое регулирование» и «индивидуальное регулирование» правоотношений, под которым автор понимает такие индивидуальные регуляторы, как «позиции» судов, индивидуальные (частные) договоры, «су-

¹ Гегель Г. Указ. соч. – С. 138.

дебные прецеденты», «прецеденты» Европейского Суда по правам человека.

С точки зрения содержания процессов индивидуального регулирования правоотношений автор выделяет следующие его виды: 1) толкование принципов и норм права; 2) преодоление коллизий между принципами и (или) нормами права, содержащимися в формах внутригосударственного и (или) международного права, реализуемых в государстве; 3) применение факультативных, альтернативных, относительно определенных, диспозитивных и т.д. норм права; 4) применение генеральных клаузул (оговорок) и уполномочивающих норм права; 5) преодоление пробелов в отдельных формах национального и (или) международного права.

Всесторонний философско-правовой анализ теоретического и практического материала, позволяет В.В. Ершову констатировать, что в результате объективно сложившейся реальности правовое регулирование правоотношений неизбежно подлежит дополнению индивидуальным регулированием. Этот подход полностью укладывается в теоретическую конструкцию, разработанную В.В. Ершовым в его монографии «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений»¹.

На основе концепции научно обоснованного интегративного понимания права и применения ее к анализу регулирования правоотношений, автор делает несколько важных выводов:

1) доминирующий в мире XX и XXI вв. юридический позитивизм, характеризующийся ограничением «всего» права прежде всего только законом, «законодательством», не отвечает на многочисленные реальные современные запросы времени в связи с многочисленными пробелами и коллизиями в праве; не позволяет эффективно защищать права и правовые интересы граждан и юридических лиц в условиях динамически изменяющихся и многообразных правоотношений в XXI в.; не учитывает новую реальность: современные политические, экономические и правовые тенденции, объективно существующие в различных государствах;

2) научно обоснованная концепция интегративного понимания права, характеризующаяся ограничением права только онтоло-

¹ См.: Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : монография. – М. : РГУП, 2018. – 672 с.

гически однородными принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, позволяет убедительно обосновывать сущность и содержание права с позиции одной из разновидностей синтетической теории права, эффективно защищать права и правовые интересы граждан, юридических лиц и органов государственной власти, обеспечивать повышение степени определенности, стабильности, непротиворечивости, ожидаемости и прозрачности как права, так и судебной практики;

3) теоретически спорное интегрирование права и «неправа» в парадигме синкретизма по существу «размывает» «действительное» право; «неправо» становится «видимостью» права, «особенным правом», «квазиправом», «мягким правом», значительно отличающимся от «объективного и действительного права», повышает степень неопределенности права и судебной практики;

4) «неправо» (*ungerecht*) – один из объективных видов индивидуальных регуляторов правоотношений для определенного числа лиц (например, судебные акты, индивидуальные (частные) договоры, характеризующих взаимосвязанность конкретных субъектов правоотношений, а не «отдельность индивида от других индивидов»;

5) «действительное» («действующее», «объективное») право в непрерывных и длительных процессах очищения от «неправа» выходит укрепленным и в большей степени определенным; возвратившись из своего отрицания «неправом», оно становится в большей степени очищенным от субъективизма правотворческих органов и лиц; диалектический процесс «очищения» права от «неправа» продолжается бесконечно и др. (с. 89–91).

Возможно, у теоретиков права вышеизложенные концептуальные рассуждения В.В. Ершова разожгут не только интерес и дискуссию, но и подвигнут к решению научных проблем, обусловленных вызовами современным правоотношениям и их регулированию.

В связи с этим большой интерес вызывает также анализ В.В. Ершовым современных специальных проблем применения международного права в национальном праве. Вопросы соотношения международного и национального права, по его мнению, зави-

сят, во-первых, от позиции государства, связанной со степенью возможного ограничения суверенитета государства и государственной воли на ограничение действий (бездействия) национальных органов государственной власти не только (и не столько) собственными внутригосударственными правовыми актами, но также принципами и нормами международного права; во-вторых, от форм международного права, реализуемых в стране. В связи с этим автор логично рассматривает далее вопрос, имеющий важное теоретическое и практическое значение – «о прямом, не прямом или каком-то ином порядке применения принципов и норм права, содержащихся в формах международного права» (с. 135–137). Порядок их применения зависит прежде всего от типа правопонимания, господствующего в государстве. Например, с одной стороны, порядок применения принципов и норм права, содержащихся в международных договорах, может и должен быть определен в самих международных договорах.

С другой стороны, основополагающие (общие) принципы международного права и обычаи международного права, не нашедшие своего закрепления в международных договорах, в государствах могут быть признаны и самоисполнимыми формами международного права. Для России, и это надо подчеркнуть, вопросы о самоисполнимости основополагающих (общих) принципов и обычаев международного права, о соотношении отдельных форм международного права с отдельными формами национального права остаются актуальными. Вопрос о национальном и международном праве автор целесообразно предлагает разрешить путем обсуждения, подготовки и принятия специального федерального закона «О формах национального и международного права, реализуемого в Российской Федерации», внесения соответствующих изменений и дополнений в Конституцию РФ, кодексы и другие федеральные законы (с. 138).

Еще одну группу положений, рассматриваемых в монографии, образуют специальные современные вопросы российского права. В этой части работы автор исследует вопросы, связанные с Конституцией РФ, обычаями российского права, национальными правовыми актами и правовыми договорами. Как мы видим, в своей монографии В.В. Ершов подвергает критике юридический позитивизм, а также *научно-дискуссионную* концепцию интегратив-

ного правопонимания. По его убеждению, они не способствуют выработке адекватных и необходимых ответов на современные фундаментальные теоретические и практические вопросы. Только *научно-обоснованная* концепция интегративного правопонимания, считает ученый, позволяет эффективно разрешать многочисленные актуальные теоретические и практические вопросы, возникающие как в правотворчестве, так и правоприменении. В этом, главным образом, проявляется своеобразие методологических подходов, на основе которых автор исследует проблематику, связанную с регулированием правоотношений, и приходит к ряду обоснованных, обладающих научной новизной и практической значимостью выводов.

АЛЕШКОВА И.А.¹ РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ: ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ И СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ РОССИИ : В 12 т. – Т. 1: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ОБРАЗОВАНИЯ ОТРАСЛЕЙ РОССИЙСКОГО ПРАВА : монография / под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. – М. : Юрлитинформ, 2020. – 376 с.

Ключевые слова: отрасль права; законодательство; правовые категории; правовая традиция; система права; юридическая наука.

ALESHKOVA I.A. Book review: Formation and development of branches of law in the historical and modern legal reality of Russia: IN 12 vols. – Vol. 1: Theoretical and methodological aspects of the formation of branches of Russian law : monograph / ed. by R.L. Khachaturov. – MOSCOW : Yurlitinform, 2020–376 p.

Keywords: branch of law; legislation; legal categories; legal tradition; legal system; legal science.

В коллективной монографии под редакцией Р.Л. Хачатурова, профессора кафедры теории и истории государства и права Тольяттинского государственного университета, доктора юридических наук, заслуженного работника высшей школы РФ, исследуются актуальные вопросы, касающиеся теоретико-методологических аспектов образования и развития отраслей российского права, проблемы различения отрасли права от отрасли законодательства, системные связи правовых институтов, понятия и структуры си-

¹ *Алешкова И.А.*, старший научный сотрудник отдела правопведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

стемы права и др. Заявлено, что серия монографий будет состоять из 12 томов, 2–12 тома будут охватывать хронологический период образования и развития государственности в Древней Руси до настоящего времени. В данном томе 1 его авторы сосредоточивают внимание на современном периоде, когда идет формирование многих новых отраслей права. В связи с этим особое значение уделяется критериям их образования, подотраслям и институтам права, правовым категориям системы российского права.

Опираясь на позиции таких известных ученых, как С.С. Алексеев, Т.Н. Радько, В.Н. Карташов, О.Е. Кутафин, Н.И. Матузов, В.Н. Синюков, Ю.А. Тихомиров, Т.Я. Хабриева, Н.Н. Черногор, Л.С. Явич и др., авторы предлагают в целях более точного описания процессов образования отраслей права в качестве критериев «отраслеобразования» использовать два термина – «материнская» отрасль права и «дочерняя» отрасль права (с. 59). При этом обращается внимание на то, что в современный период общий перечень используемых (в различных комбинациях) в правовой литературе критериев насчитывает порядка 36 их видов (с. 72–73) и зачастую это происходит искусственно (с. 123).

В книге раскрываются гносеологическое значение критериев, положенных в основу образования отраслей права, а также их значение для гармоничного развития системы права и юридического образования, а также для определения «правового стиля» в классификации правовых систем (с. 73). Вопрос ключевых критериев разграничения отраслей права вызывает активную дискуссию среди правоведов. В связи с этим следует согласиться с позицией авторов, предлагающих разрешать рассматриваемый вопрос на основе принципа корреспондирующих системных изменений и критерия концепции триады критериев отраслеобразования – предмет правового регулирования, метод правового регулирования и дивергенция системных связей (с. 80).

Очень важно, что в монографии авторы не обошли стороной и такую тему, как формирование статуса подотраслей права и признаки правового института. Как отмечают авторы, в современный период насчитывается более 90 «новых» отраслей права (с. 91), разграничение и название которых нередко порождают противоречивые точки зрения ученых, как и в разделении подотраслей права, вызванных размежеванием (дивергенцией) системных свя-

зей (с. 93). В книге содержится четкое определение подотрасли права как одной из крупнейших подсистем в праве, представляющей собой совокупность норм права, регулирующих определенный вид общественных отношений внутри отрасли права, имеющей свою внутреннюю структуру (институты права), предмет правового регулирования (как часть предмета отрасли права, в которую она входит), а также достаточно интенсивные системные связи с другими подотраслями в рамках одной отрасли, что еще не позволяет ей выделиться в самостоятельную отрасль права (с. 97). Наряду с вышеуказанными критериями разграничения отраслей и подотраслей права, в работе речь идет и о критериях, которые служат основанием для выделения правовых институтов, как то: объективность, невозможность автономного функционирования, относительная самостоятельность, устойчивость, объективная обособленность (с. 110–111).

Некоторые правовые институты имеют более сложную структуру, состоят из субинститутов. Субинституты возникают в силу специфики различных сфере человеческой жизнедеятельности в том числе, тогда, когда некоторые особенности имеют субъекты правоотношений (с. 118).

Сложности разграничения отраслей и подотраслей права привели к созданию так называемых «комплексных подотраслей права» (с. 98), совокупности правовых норм, регулирующих отношения в какой-либо определенной сфере деятельности и относящихся к разным отраслям права. К таковым относят хозяйственное право, экологическое, трудовое и др. Этому дискуссионному вопросу в монографии авторы уделяют особое внимание. При этом анализируются не только классические дискуссии, но и оригинальные взгляды современных исследователей, подчеркивается возможность развития подхода, согласно которому комплексные отрасли права следует рассматривать как комплексные правовые образования.

К числу признаков комплексных нормативных правовых образований можно отнести то, что: 1) они являются интегрированными образованиями вторичной структуры деления системы права, представляют собой способ взаимодействия отраслей права и отраслей законодательства как на национальном, так и на наднациональном уровнях; 2) находят свое объективное выражение в комплексных правовых актах, характерных для комплексных от-

раслей законодательства, тогда как их разросшиеся объединения отражаются в крупных комплексных законодательных массивах; 3) характеризуются составным характером, нормы права которого отличаются «качественной разнородностью» и «функциональным характером связей между ними»; 4) в основе их формирования лежит потребность практики в регламентации определенных специфических сфер жизни и деятельности общества и государства; 5) имеют предметом комплексный по своей природе вид общественных отношений; 6) отличаются уникальным методом правового регулирования; 7) состоят из имеющих «двойную природу» институтов, которые, с одной стороны, не перестают быть структурными элементами отраслей права, а с другой – регулируют специфические общественные отношения, составляющие предмет данного образования (с. 191–193).

Особое внимание авторы уделяют исследованию соотношения отрасли права и отрасли законодательства. Если исходить из позиции, что сохраняются две категории – отрасль права и отрасль законодательства, то следует определиться с тем, что первичное из них (с. 155).

Системному осмыслению права в данной монографии помогает детальный анализ предмета правового регулирования. Вопрос о предмете правового регулирования является одним из концептуальных для понимания содержания конкретной отрасли права и ее разграничения с другими отраслями права. Авторы неоднозначно оценивают отнесение современного конституционного права к отраслям публично-частного права (с. 217). Такой подход они считают бесперспективным. Более обоснованной признается позиция ученых, которые предлагают «говорить не об изменении природы, например, предмета конституционного права, а о более широком видении предмета конституционного права» (С.С. Алексеев) или даже о расширении сферы конституционализации всех областей жизни, т.е. «о приведении в соответствие с высокими идеалами и ценностями Конституции существующих фактических общественных отношений» (Б.С. Эбзеев) (цит. по: с. 218). С этим трудно не согласиться.

В работе рассматриваются проблема классификация норм права на отрасли и институты, принципы права, а также правовая традиция как критерий выделения отраслей права, а также куль-

турный аспект формирования отраслей права. В числе основных выводов по данному вопросу отмечается:

1) национальное и международное право, представляя разные системы норм права, нуждаются в новой, отражающей реальность классификации;

2) созданы условия для использования в качестве критериев классификации норм права на отрасли и институты не только объект (все общественные отношения, регулируемые правом) и предмет правового регулирования, но такие дополнительные критерии, как наличие особых субъектов права, методов правового регулирования, принципов, санкций и функций отдельных отраслей права и др. (с. 299–230).

Вместе с тем вызывает дискуссионность ряд положений, касающихся института прав человека в системе отраслей российского права, в частности утверждение авторов о том, что права человека – это прежде всего моральный императив, означающий претензии к позитивному правопорядку признавать их. Однако в такой форме они никого и ни к чему не обязывают. Для обязательности им необходимо пройти процедуру позитивации (законотворчества). Пройдя такую процедуру, они становятся «осязаемыми» и порождают юридические обязательства (с. 301).

Морализация прав человека не вызывает сомнений, но это лишь часть более сложной объективации содержания прав и свобод, основанных на ценностях в системе взаимодействия человека с государством и обществом. И мораль, и право, и иные социальные регуляторы (например, религиозные нормы) исходят из аксиологических представлений о должном и о благе. При этом нормы морали носят рекомендательный характер в отличие от императивной природы права, поэтому применение понятия моральный императив в данном случае видится неоправданным.

Следует поддержать позицию авторов, что «системе права, как и любой другой системе, присущи общие закономерности развития и функционирования», и появление новых отраслей права должно быть обусловлено объективными обстоятельствами (с. 349).

В целом проведенное исследование расширяет общетеоретические представления о существенных аспектах системы права, стимулирует к творческому подходу в решении многих вопросов, затрагиваемых в монографии.

ИНФОРМАЦИОННОЕ И ЦИФРОВОЕ ПРАВО

УДК 342, 349

DOI:10.31249/rgpravo/2021.02.13

СКУРКО Е.В.¹ ЭЛЕКТРОННОЕ ГОСУДАРСТВО: ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ «ЦИФРОВОГО ГРАЖДАНИНА» И ПРЕОДОЛЕНИЯ ЦИФРОВОГО НЕРАВЕНСТВА. (Обзор).

Аннотация. Анализируются роль международных организаций, государств и точки зрения ученых-правоведов на развитие электронного государства, проблемы формирования «цифрового гражданина» и преодоления «цифрового неравенства» в обществе.

Ключевые слова: цифровизация государственного управления; электронное правительство; цифровизация права; государственные онлайн-услуги; цифровой гражданин; правовая политика; алгоритмизация права.

SKURKO E.V. Electronic state: Problems of forming a «digital citizen» and overcoming digital inequality. (Review).

Abstract. The article analyzes the role of international organizations, states and legal scholars' views on the development of the electronic state, the problems of forming a «digital citizen» and overcoming the «digital inequality» in society.

Keywords: digitalization of public administration; e-government; digitalization of law; public online services; digital citizen; legal policy; algorithmization of law.

В настоящее время значительное внимание международных организаций и ученых-правоведов обращено к проблематике раз-

¹ Скурко Е.В., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

вития цифрового государственного управления и цифровизации сферы права.

В исследовании ООН «Электронное правительство 2020» [1] отмечается, что предоставление онлайн-услуг государствами расширяется и может позволить правительствам быть более эффективными, открытыми, прозрачными и инклюзивными. Подчеркивается значительное, в последние годы, улучшение уровня развития электронного правительства на глобальном уровне во всех регионах мира и то, что несмотря на то что высокий уровень национального дохода определяет прогресс в развитии электронного правительства, важную роль играет развитая инфраструктура и человеческий капитал [1, с. 33].

Специалисты отмечают, что число стран, предлагающих, как минимум, одну государственную онлайн-услугу выросло со 140 в 2018 до 162 в 2020 г. В среднем сегодня в государствах предлагается 14 из 20 определенных экспертами ООН базовых государственных онлайн-услуг. К числу наиболее часто предлагаемых государственных онлайн-услуг относится регистрация новой компании, подача заявок на получение лицензии на ведение коммерческой деятельности, запрос свидетельств о рождении, о смерти или о браке, а также оплата коммунальных услуг [там же].

Во исполнение цели Повестки дня до 2030 г. для устойчивого развития ООН «Не оставлять никого позади», более 2/3 государств-членов ООН предлагают специальные онлайн-услуги для молодежи, женщин, мигрантов, пожилых, лиц с ограниченными возможностями и тех, кто живет в бедности. Значительная часть государств размещают и представляют результаты конкурсов государственных закупок онлайн, публикуют вакансии в правительстве онлайн и др. На сегодняшний день практически все государства – члены ООН имеют национальные порталы и серверные системы, которые автоматизируют основные задачи государственного управления. Функции таких национальных порталов повсеместно растут и расширяются. Почти 90% государств – членов ООН имеют продвинутые порталы «Электронное правительство», а также обладают возможностями осуществления взаимодействий посредством социальных сетей, используют интерактивный дизайн и реализуют функции обратной связи [1, с. 34].

Характерной тенденцией современного развития цифровизации в государственно-правовой сфере является то, что правительства предоставляют все больше информации общественности. Так, на государственных информационных порталах можно найти программы правовой политики по разным направлениям социально-экономического развития; информацию о государственных расходах и бюджете; онлайн-услуги, связанные с образованием, трудоустройством, здравоохранением, социальной защитой, правосудием и юридической консультацией. Вместе с тем в мире сохраняется «цифровой разрыв» между странами, а семь из восьми наименее развитых с точки зрения цифровизации государственно-го управления стран находятся в Африке [1, с. 34].

«Цифровой разрыв», однако, существует не только между различными государствами, он зачастую складывается внутри государства – в отношении различных граждан и социальных групп.

С. Ранхордас, профессор факультета права Университета Гронингена (Нидерланды) в исследовании «Цифровизация правительства и цифровое исключение» обращается к проблеме доступа граждан к цифровым технологиям и прежде всего тех, кто по разным причинам не являются в достаточной степени компетентными пользователями государственных цифровых систем и услуг. В результате складывается ситуация, в которой «оцифровка» государственных услуг в действительности приводит к тому, что многие люди «исключаются» из процессов общественного развития. По мере появления новых «цифровых разрывов» цифровое неравенство не только воспроизводит давнее социально-экономическое неравенство, но и становится самостоятельным источником отчуждения. При этом автор замечает, что юридическая наука в существенной мере упустила из сферы своего внимания анализ правовых последствий неравного доступа и использования ресурсов цифрового правительства [3, p. 1].

По мнению С. Ранхордас, нынешняя правовая политика и принципы формирования ресурсов цифрового правительства могут иметь такие последствия, как цифровая изоляция граждан, их цифровое отчуждение, что равносильно неравному обращению с гражданами, дискриминации [там же].

Согласно ст. 19 Декларации прав человека ООН каждый имеет право искать и получать информацию, в том числе через

любые средства массовой информации и независимо от государственных границ. С этой точки зрения справедливо утверждать, что каждый человек имеет право на доступ к Интернету и его использование. Вместе с тем в современном международном праве право на доступ к Интернету не регулируется автономно, – но определяется как часть права человека (равного для всех граждан) на участие в информационном обществе. Таким образом «цифровой разрыв» следует оценивать не только как род неравенства, препятствующего отдельным лицам иметь доступ к цифровым технологиям, но как более сложный комплекс вопросов, не исчерпывающийся обеспечением простого доступа к соответствующей инфраструктуре [3, p. 16].

Наличие доступа к Интернету является необходимым условием для того, чтобы человек получил возможность пользоваться цифровыми услугами, – однако этого недостаточно. Все более остро ставится вопрос «цифровой неграмотности», в смысле отсутствия у человека умений, навыков, значимых личных возможностей для использования технологий и взаимодействия в технологической среде, и борьбы с ней.

На повестку дня – в особенности в развитых странах, предоставляющих все более широкий спектр государственных онлайн-услуг, характеризующихся сложными требованиями к пользователю, – выдвигается проблема формирования «цифрового гражданина», имеющего устойчивые навыки и способного регулярно, критически и с учетом требований безопасности взаимодействовать с органами государственного управления в цифровой среде. В докладах ЮНЕСКО уже в 2015 г. дается определение «цифрового гражданства» как набора навыков, которые позволяют гражданам получать доступ, извлекать, понимать, оценивать, использовать, создавать, а также обмениваться информацией во всех форматах, используя различные инструменты, критически, этично и эффективно участвовать в частной, профессиональной и общественной деятельности [3, p. 20].

Решение проблемы цифровой грамотности имеет существенное значение для предоставления каждому гражданину доступа к государственным онлайн-услугам, включая государственные льготы, в особенности при разработке форматов онлайн-услуг в сфере социальной помощи и мер социального обеспечения. Ав-

томатизация таких услуг, которые не могут быть полностью или критически воспринятыми и использованными гражданами с ограниченными цифровыми навыками, в итоге формируют неравное отношение и влекут нарушения прав граждан. Тем не менее автор считает, что дизайн государственных онлайн-услуг не может быть разработан только с учетом возможностей и навыков «цифровых граждан».

«Цифровое исключение» – в представлении С. Ранхордас – это новая форма неравенства, которая затрагивает широкие слои и группы людей. В последнее десятилетие цифровое неравенство стало рассматриваться как признак дискриминации, наряду с такими, как раса, класс и пол, – следовательно, со стороны юридического сообщества требуются усилия в направлении его преодоления [3, р. 23].

Положительный пример преодоления цифрового неравенства – цифровая политика в Великобритании и Дании, правительства которых в целях обеспечения гарантий гражданам равного доступа к государственным онлайн-услугам и их использования приступили к разработке концепции «цифровой помощи». Термин «цифровая помощь» используется для обозначения широкого спектра стратегий и прикладных решений, направленных на то, чтобы все без исключения граждане в полной мере могли использовать ресурсы, возникающие при переходе к форматам цифрового правительства [3, р. 25].

Существующих и развивающихся в различных государствах мира подходов по преодолению цифрового неравенства, по мнению С. Ранхордас, на сегодняшний день тем не менее очевидно недостаточно, поскольку зачастую упускаются из виду такие моменты, как-то: граждане, не обладающие цифровой грамотностью, могут попасть под юридическое преследование в силу того, например, что недостоверно или некорректно заполнили цифровые формы на получение государственных онлайн-услуг – будь то в сфере заполнения налоговых деклараций либо заявлений о предоставлении государственной материальной и социальной помощи и т.п. – в результате чего могут быть, по формальным юридическим основаниями, обвинены в мошенничестве и преданы суду.

В такой ситуации от правоведов требуется активное изучение проблем такого феномена, как судебная ошибка в условиях

цифровизации государственного управления, развитие института «права на ошибку» в сфере цифровых сетей и государственных онлайн-услуг, т.е. «права добросовестной ошибки». Кроме того, с сугубо технологической стороны, государства в рамках «цифрового правительства» должны обеспечить реализацию функции «лояльности» административных властей к гражданам, в особенности не обладающим необходимым уровнем цифровой грамотности. Обратная связь с гражданами, например, в части получения оценок качества цифровых систем и форм предоставления государственных услуг онлайн, что достаточно широко осуществлялось во Франции с 2018 г. в рамках программ модернизации публичных сервисов, по мнению автора, позволяет преодолевать онлайн-отчуждение [3, р. 26].

Однако инструменты электронного и цифрового правительства могут как приносить значительную экономию средств и оптимизировать предоставление государственных услуг населению, так и дегуманизировать контакт между гражданами и правительством, ставить вопрос этики и «добротного управления». Речь идет в первую очередь об административном усмотрении, которое включает в себя способность учитывать конкретные, особенные потребности граждан, взвешивать различные варианты и интересы – и принимать соответствующие административные решения. Государственным органам предоставляется известная степень усмотрения в принятии решений по запросам граждан, чтобы пользоваться их доверием, поскольку они наделены компетенцией принимать соответствующие решения на основании конкретных обстоятельств.

В то же время необходимость определенного ограничения административного усмотрения объясняется предположением, что лица, выполняющие государственные функции, могут, при известных условиях и обстоятельствах, руководствоваться собственными эгоистическими интересами. Иными словами, восприятие и пределы административного усмотрения традиционно мыслились для «человеческого» – но не «электронного цифрового» усмотрения. Сегодня же, по мере роста цифровизации государственного управления, сфера административного усмотрения все чаще оказывается в поле функционирования автоматизированных систем, с которыми, очевидно, общественность может испытывать все больше

трудностей с точки зрения обеспечения «человеческой стороны» государственного управления [3, р. 28].

Более того, автоматизированная система в принципе открыта для любого набора ценностей, мотивов и целей, которые устанавливаются в ней в качестве входных данных. В этом моменте мы приходим к классической дискуссии о роли личных ценностей и интересов в принятии административных управленческих решений. По мнению С. Ранхордас, цифровизация услуг и принятие административных решений в рамках цифрового правительства повысят рациональность принимаемых решений, уменьшат количество ошибок и предубеждений. Однако автоматизированные системы не могут делать «человеческих» исключений из общих правил на основании личного опыта, сострадания или убеждения, что данный гражданин, в определенном случае, может заслужить дифференцированное обращение с учетом особенностей конкретной личной ситуации (например, низкий уровень грамотности человека и проч.) [3, р. 28].

Таким образом, в связи с растущей тенденцией к оцифровке информации и автоматизации государственных услуг государственные органы зачастую забывают, что не каждый гражданин имеет возможность эффективно и критически взаимодействовать с технологиями. Гражданин должен быть гарантирован доступ к государственным услугам – без необходимости заниматься технологиями – и до тех пор, пока это остается возможным в альтернативе государственным онлайн-услугам. Автор подчеркивает, что цифровое правительство – это не самоцель, а средство сделать государственное управление более прозрачным, эффективным, доступным и инклюзивным. До тех пор, пока граждане остаются исключенными из сферы государственных онлайн-услуг, на которые они имеют право, – по каким бы то ни было причинам – будь то в силу отсутствия технических или социальных навыков, – цифровое правительство не может рассматриваться как безусловная альтернатива традиционным формам предоставления государственных услуг, государственного и административного управления [3, р. 29–30].

Будущие исследования правоведов, считает С. Ранхордас, должны продолжать углубляться в правовые последствия природы цифрового разрыва для осуществления основных прав человека

(например, права на образование), определения легитимности автоматизации некоторых видов государственных услуг, реализации социальных функций государственного управления в условиях цифровизации, развития новых и более инклюзивных подходов к «цифровому гражданству», в особенности включению в широкое социально-правовое общение граждан, которые в настоящее время могут фактически исключаться из участия в информационном обществе [3, p. 31].

Проблемы цифровизации отнюдь не исчерпываются интересами государственного управления и спецификой оказания онлайн-услуг населению. Актуальными сегодня стали вопросы развития правового регулирования Интернета вещей, искусственного интеллекта, защиты частной жизни в цифровую эпоху, а также криминализация кибератак на информационные системы и др. Цифровая революция многопланово воздействует на социальную и правовую жизнь, следовательно, требует особенного внимания сфера права, юридическая деятельность, правоведение.

В 2018 г. в Германии вышла в свет монография «Цифровизация и право» под редакцией профессора Вюрцбургского университета Э. Хильгендорфа [2]. В ряду ключевых направлений воздействия цифровизации на правовую сферу Э. Хильгендорф выделяет такой аспект цифровых технологий, как появление новых инструментов в социальных отношениях – следовательно, возникает необходимость разработки новых методов и подходов в праве и вопросах правового регулирования. Возникает вопрос: в какой мере существующие правовые нормы применимы или будут применимы к фактам, возникающим в контексте оцифрованных ситуаций и обстоятельств [2, p. 11].

Сталкиваясь с современными вызовами цифровых технологий, право, с одной стороны, призвано обеспечить должный уровень инженерно-технической экспертизы для практикующих юристов – прокуроров, судей, адвокатов, юрисконсульты и др., а также правовые основы экспертизы в сфере правовой политики; с другой – требуется правовая и юридико-техническая экспертиза для консультирования самих инженеров, разрабатывающих новые технологии. Основная цель в данной цепочке состоит в том, чтобы обеспечить соблюдение принципа, исключающего столкновения между технологиями и законом [2, p. 13].

Одна из актуальных проблем цифровизации в сфере права – вопрос алгоритмизации, или «программируемости», закона. На практике автоматизация ведет к росту спроса на машины, выполняющие свои функции в соответствии с законодательством. Например, это автономные системы, используемые в торговле на фондовом рынке, которые должны действовать в соответствии с действующими правовыми нормами; автономные транспортные средства, которые могут ездить по дорогам общего пользования и при этом должны следовать правилам дорожного движения и т.п. Актуализируется вопрос о том, что роботы, которые находятся в контакте с человеком, должны иметь своего рода внутренние «моральные и правовые кодексы», что могло бы гарантировать, среди прочего, что машина не причиняют вреда людям, с которыми взаимодействует [2, р. 13].

Если в целом попытаться обобщить новые задачи юридической науки, поставленные цифровизацией, то вырисовывается следующая картина: перед законом прежде всего стоит задача приведения в гармонию новых технологий и права. Это может быть достигнуто путем адаптации закона к технологии, но также и путем адаптации технологии к закону. Самобытной задачей современности для сферы права в связи с цифровизацией является управление новыми формами общественно опасного поведения – по всему спектру проблематики цифровизации – путем введения соответствующих форм уголовной ответственности и развития уголовного права. Указанные и иные актуальные вопросы порождают серьезные юридические проблемы, с которыми юристы едва ли могут справиться самостоятельно. Поэтому сегодня, как никогда ранее, необходима отлаженность междисциплинарного взаимодействия специалистов, развитие комплексного подхода в правовой сфере [2, р. 19].

Список литературы

1. Исследование ООН: Электронное правительство 2020. Цифровое правительство в десятилетии действий по достижению устойчивого развития / Департамент по экономическим и социальным вопросам ООН. Организация Объединенных Наций. – Нью-Йорк, 2020. – 362 с.
2. Digitization and the law / ed. by E. Hilgendorf and J. Feldle. – Baden-Baden, 2018. – 140 p.

*Электронное государство: Проблемы формирования
«цифрового гражданина» и преодоления цифрового неравенства*

3. Ranchordas S. The digitalization of government and digital exclusion: Setting the scene / University of Groningen faculty of law research paper. – Groningen, 2020. – 31 p. – URL : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663051 (дата обращения: 11.01.2021).

ИВАНОВА А.П.¹ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ЗАБВЕНИЕ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ. (Обзор).

Аннотация. Рассматриваются два важных решения Федерального конституционного суда Германии в отношении взаимосвязи между защитой основных прав человека внутри страны и основных прав человека в Европейском союзе, анализируются последствия их принятия для реализации права на забвение.

Ключевые слова: право на забвение; персональные данные; судебный плюрализм; цифровизация.

IVANOVA A.P. Implementation of the right to oblivion in the digital age. (Review).

Abstract. The review explores two important judgements by the German Federal Constitutional Court on the relationship between domestic and EU fundamental rights protection, *examines the consequences of their adoption for the realization of the right to be forgotten.*

Keywords: right to be forgotten; personal data; court pluralism; digitalization.

В двух значимых постановлениях, вынесенных 6 ноября 2019 г. (1 BvR 16/13 и 1 BvR 276/17), Федеральный конституционный суд (далее – ФКС) Германии отменил собственную судебную практику в отношении взаимосвязи защиты основных прав, предусмотренных национальным законодательством, и защиты основных прав, предусмотренных законодательством Европейского союза (далее – ЕС). Выходя за рамки своего предыдущего решения,

¹ Иванова А.П., младший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

Суд постановил в определенных ситуациях использовать также основные права ЕС в качестве стандарта.

Указанные постановления ФКС вызвали немало дискуссий в научном сообществе, затронув сразу несколько актуальных тем: вопросы юрисдикции национальных судов и Суда ЕС, возможность параллельного применения национальных прав и прав ЕС, принципы применения права на забвение. Ввиду этого в известном юридическом журнале «German law journal» постановлениям ФКС 1 BvR 16/13 и 1 BvR 276/17 был посвящен номер, где несколько авторов изложили свое мнение по поводу данных постановлений и предположили, к каким изменениям в судебной практике они могут привести.

В первом случае (1 BvR 16/13) в ФКС рассматривалась конституционная жалоба на решение Верховного федерального суда Германии. Заявитель подал в суд на немецкий еженедельник «Der Spiegel». В 1982 и 1983 гг. в журнале были опубликованы две статьи об уголовном процессе по делу заявителя, в котором он был признан виновным в убийстве. Эти статьи стали доступны в онлайн-архиве журнала с 1999 г. и при осуществлении поиска по имени заявителя с помощью онлайн-поисковой системы находились в топе результатов поиска.

Заявитель утверждал, что с учетом времени, прошедшего после осуждения, его личное право, закрепленное в ст. 2(91) и 1(1) Основного закона Германии, дает ему право требовать, чтобы эти статьи не отображались как результаты простого онлайн-поиска по имени. Основываясь на немецком конституционном праве, ФКС оценил соблюдение Верховным федеральным судом баланса между личными правами истца, свободой мнения и свободой печати. Несмотря на то что ФКС признал факт того, что общественность по-прежнему заинтересована в доступе к оспариваемым статьям журнала через онлайн-архив, он постановил, что журнал должен с помощью технических мер обеспечить, чтобы эти статьи не попали в топ результатов простого поиска по имени в обычных поисковых системах [1, p. 3].

Во втором случае (1 BvR 276/17) ФКС основывал свою аргументацию на правах, закрепленных в Хартии ЕС об основных правах. Дело развивалось вокруг телевизионной передачи, которая была загружена в онлайн-архив в 2010 г. В передаче под названи-

ем «Увольнение: Грязная практика работодателей» заявитель конституционной жалобы был назван по имени и обвинялся в несправедливом обращении с сотрудником, который был уволен заявителем. Поиск по имени заявителя в Google показывал ссылку на эту трансляцию в топе результатов поиска. В отличие от вышеупомянутого случая, истец подал в суд не против создателя контента (телепередачи), а против оператора поисковой системы, который отказался удалить трансляцию из результатов поиска.

ФКС подчеркнул, что при решении данного вопроса необходимо соблюдать баланс трех основных видов прав: право заявителя на неприкосновенность частной жизни и персональных данных; свобода предпринимательства и свобода выражения мнения. Исходя из конкретных обстоятельств дела, в частности, из небольшого промежутка времени, прошедшего с момента первой публикации трансляции, и того факта, что заявитель добровольно внес в нее свой вклад, согласившись на интервью, ФКС пришел к выводу, что права заявителя не имеют приоритет над другими соответствующими правами [1, р. 3].

Оба случая регулируются законодательством ЕС о защите данных, в настоящее время Общим регламентом о защите персональных данных (далее – Регламент). В отношении применимого законодательства ЕС дела различаются в одном аспекте: в первом случае применяется так называемая привилегия СМИ. Согласно ст. 85 Регламента, государства-члены должны согласовать право на защиту персональных данных с правом на свободу выражения мнений и информации, включая обработку в журналистских целях. ФКС заявил, что там, где это положение применимо – как в первом случае – государствам-членам предоставляется свобода действий в том, как согласовать права, упомянутые в ст. 85 Регламента. Напротив, если это положение не применяется – как во втором случае – у государств-членов нет свободы действий, поскольку предмет полностью согласован с законодательством ЕС. Это различие имеет решающее значение, потому что из-за него суды создают различные рамки для применения основных прав ЕС в зависимости от того, полностью ли предмет дела согласован с законодательством ЕС или нет.

Первое крупное нововведение в данных постановлениях касается стандарта, используемого ФКС в контексте его конституци-

онного контроля. Впервые ФКС использовал права, закрепленные в Хартии основных прав ЕС, в качестве стандарта для проверки. Ранее суд считал себя компетентным рассматривать исключительно нарушения внутренних конституционных прав в конкретном деле, переданном на его рассмотрение посредством конституционной жалобы. До сих пор суд неоднократно заявлял, что «недопустимо оспаривать нарушение законодательства Европейского сообщества. Права в соответствии с законодательством Сообщества не входят в число основных прав или прав, эквивалентных основным правам, нарушение которых может быть оспорено в соответствии со ст. 93.1 п. 4а Основного закона...» [1, р. 4].

Однако в постановлении 1 BvR 276/17 Суд высказал иную позицию: исходя из своей «ответственности в отношении интеграции в ЕС», суд должен гарантировать, что основные права ЕС соблюдены. Понятие «ответственность в отношении интеграции в ЕС» – это устоявшаяся концепция немецкой конституционной юриспруденции, которую ФКС вывел из ст. 23 Основного закона, содержащей нормы, регулирующие вопросы участия Германии в ЕС. Хотя ФКС неоднократно использовал эту концепцию для определения компетенции и обязанностей других конституционных органов, таких как правительство или парламент, в данном случае он применил эту концепцию для определения объема своей собственной компетенции. В свете этой концепции конституционное право Германии предоставило суду полномочия проводить обзор основных прав ЕС, поскольку эти права являются частью европейской интеграции. Таким образом, согласно конституционному законодательству Германии, ФКС должен обеспечивать защиту как основных прав внутри страны, так и основных прав в рамках ЕС.

Второе нововведение, содержащееся в данных постановлениях, состоит в том, что ФКС отказался от концепции исключительных отношений между основными внутригосударственными правами и основными правами в рамках ЕС и признал возможность их параллельного применения в случаях, когда предмет правового регулирования не полностью согласован с законодательством ЕС.

Особенность этого подхода заключается в том, что, несмотря на свой ярлык, новая структура параллельной применимости не

сводится к тому, что ФКС использует на равной и / или одновременной основе права ЕС и национальные права в качестве стандарта проверки. Напротив, в постановлении 1 BvR 16/13 он устанавливает внутригосударственное право в качестве основного стандарта проверки: в целом суд будет использовать основные права внутри страны в качестве стандарта проверки, и только в исключительных случаях он будет использовать основные права ЕС [1, р. 6].

Указанные постановления (1 BvR 16/13 и 1 BvR 276/17) подчеркивают то, что Европа сегодня является «Европой прав» [3, р. 40]. Основной причиной, которая побудила ФКС действовать в рамках права на забвение является обнаружение бреши в архитектуре прав Европы.

Для положений законодательства, полностью согласованных с законодательством ЕС, защита прав ЕС имеет приоритет над основными правами в Основном законе Германии. Но суд, несущий высшую ответственность за защиту основных прав ЕС – Суд ЕС, не может рассматривать иски о нарушении прав в каждой ситуации, в которой мог бы ФКС. В Европе пробел в защите прав вызывает у судов реакцию, примерно аналогичную той, которую пробел в американо-советских ракетных арсеналах вызвал бы у военных планировщиков времен холодной войны: борьбу за его устранение. И поэтому ФКС рискнул и взял на себя ответственность за проверку применения законодательства ЕС властями Германии на предмет соответствия основным правам ЕС.

С одной стороны, такое решение усилило перекрестный судебный плюрализм, впервые сделав ФКС одним из кураторов Хартии ЕС наряду с Судом ЕС. Но в то же время, данное решение представляется частью более широкого шага ФКС, стремящегося к плюрализму правовых норм путем их разделения на разные области и установления приоритета одних норм над другими в единой совокупности норм. Таким образом, в постановлении 1 BvR 276/17 ФКС ясно дал понять, что в областях полной гармонизации законы ЕС исключают Основной закон. Однако в постановлении 1 BvR 16/13 Суд указал, что Основной закон имеет приоритет в вопросах, не полностью согласованных в законодательстве ЕС. Такое решение ограничивает возможность конфликтов между ФКС и Судом ЕС, даже если они оба толкуют один и тот же документ о правах.

Согласно постановлению 1 BvR 276/17, ФКС будет вмешиваться в толкование прав, закрепленных в Хартии ЕС, только в тех случаях, когда Суд ЕС по причинам юрисдикции не смог сделать это.

При этом то, как этот подход работает на практике, будет зависеть от того, как ФКС будет выполнять свою новую роль в будущем. Если по существу правовая практика, которую разрабатывает ФКС, со временем будет расходиться с судебной практикой Суда ЕС, то постановление 1 BvR 276/17 может стать источником правовой несогласованности.

Важность сбалансированности прав сторон при рассмотрении правовых споров – это то, что может удерживать ФКС и Суд ЕС от слишком заметного отклонения друг от друга в правовых позициях. Практика обоих судов построена на проверке соразмерности, в которой соблюдение баланса играет центральную роль. В системах соразмерности то, что суды обязаны истцам, является не столько конкретным результатом, сколько конкретной процедурой принятия решений [3, р. 43].

Соразмерность помогает объяснить, почему ФКС может так небрежно переключиться с Основного закона на Хартию ЕС в качестве основы для рассмотрения дела. Не так уж много поставлено на карту при принятии решения о том, будет ли ФКС действовать под знаменем европейских или немецких основных прав, если суд по существу будет действовать одним способом: проводить анализ соразмерности на основании фактических обстоятельств.

Проблемы юрисдикции в области права на забвение не ограничиваются территорией ЕС. В настоящее время ЕС обладает развитой конституционной и законодательной базой для защиты персональных данных, что позволило Суду ЕС взять на себя ведущую роль в осуществлении правосудия по вопросам конфиденциальности во всем мире, разработав прецедентное право, которое было взято за образец судами также на национальном уровне, в том числе в Германии.

Однако в сфере действия законодательства ЕС о защите данных в целом и о праве на забвение в частности все чаще встает вопрос о границах юрисдикции. Одной из наиболее обсуждаемых особенностей правовых актов о защите данных ЕС является их способность применяться за пределами ЕС [2, р. 56]. Более того, недавнее введение более суровых штрафов побудило многие ино-

странные компании соблюдать закон ЕС о защите данных не только в отношении своего европейского бизнеса, но и в глобальном масштабе. Это стало предметом научных дебатов и противоречивых мнений о том, может ли право на забвение и другие просьбы об исключении онлайн-контента быть реализованы во всем мире, или, скорее, из соображения международной вежливости их действие должно быть ограничено в пределах границ ЕС.

За последние несколько лет правовое регулирование ЕС в сфере защиты персональных данных постепенно вышло за пределы юрисдикции ЕС. С одной стороны, в практике Суда ЕС стали появляться дела (например, дело *Data Protection Commissioner vs Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*), в которых суд проводил оценку стандарта защиты данных в третьих странах, чтобы решить, достаточно ли этого для санкционирования передачи персональных данных из ЕС в эти третьи страны. Таким образом, Суд ЕС практически оказывал давление на третьи страны, чтобы они повысили свои внутренние стандарты для соответствия стандартам ЕС.

С другой стороны, в практике суда ЕС встречаются также дела (например, дело *Google Spain vs AEPD and Mario Costeja González*), в которых суд напрямую обязывал операторов персональных данных, зарегистрированных за пределами ЕС, соблюдать правила защиты данных ЕС, когда они имеют дело с данными, собранными в пределах ЕС.

С точки зрения ЕС такое экстерриториальное применение правовых норм можно объяснить необходимостью обеспечения эффективной защиты основных прав и ограничения риска их нарушения. В настоящее время мы живем в глобальном цифровом обществе, которое выходит за рамки национальных границ. Право на защиту данных может быть нарушено даже тогда, когда поисковая система показывает конкретный результат в стране, которая не является страной проживания соответствующего субъекта данных. В принципе, применение этого права исключительно на территории ЕС не имело бы никакого смысла, учитывая легкость доступа к данным во всем мире. Нарушение такого права может произойти, если физическое лицо, например, проживающее во Франции, после законного запроса об удалении определенных ре-

зультатов поиска обнаружит, что эти ссылки все еще упоминаются не во Франции, но, скажем, например, в Германии или США.

Тем не менее экстерриториальное применение закона ЕС о защите данных создает ряд проблем, которые были ярко продемонстрированы в деле *Google Inc. vs Equustek Solutions Inc.* Утверждение национальных стандартов защиты данных за пределами юрисдикции может вступать в противоречие с обязанностями международной вежливости и необходимостью уважать разнообразие правовых систем. Фактически, баланс между правом на забвение, свободой информации и свободой слова устанавливается по-разному в юрисдикциях по всему миру, включая государства, которые разделяют одну и ту же веру в демократию, верховенство закона и права человека. Более того, применение стандартов защиты данных за пределами юрисдикции может в конечном итоге быть аннулировано решениями судов других государств. Например, в судебном разбирательстве с канадским Google Федеральный окружной суд США заблокировал применение постановления суда Канады, фактически лишив его юридической силы в юрисдикции США [2, р. 63].

Евросоюз находится в авангарде защиты данных во всем мире. Общий регламент о защите персональных данных представляет собой наиболее полную и передовую нормативно-правовую базу для обеспечения конфиденциальности данных на сегодняшний день, и суд ЕС разработал прогрессивную судебную практику для защиты прав человека в эпоху цифровых технологий, включая определение права на забвение. Эти правовые принципы ЕС все чаще используются в качестве показательного примера, в том числе национальными судами. Например, ФКС Германии недавно ввел в немецкое законодательство право на забвение по образцу ЕС, признав таким образом роль права ЕС как ведущей парадигмы в области защиты данных.

Однако экстерриториальное применение стандартов защиты данных создает серьезные проблемы. Фактически защита конфиденциальности в цифровую эпоху все больше обнажает противоречия между усилиями одних правовых систем по навязыванию своих высоких стандартов защиты данных за пределами своих границ и суверенными притязаниями других правовых систем, которые также стремятся утвердить свою власть над данными.

В этом контексте государствам следует стремиться к развитию транснациональных стандартов защиты данных. Разработка транснациональных правил защиты цифровой конфиденциальности, в том числе изложение взаимоприемлемых требований в отношении права на забвение, представляет собой лучший путь к тому, чтобы конфиденциальность оставалась гарантированным правом, даже в эпоху цифровых технологий.

Список литературы

1. Burchardt D. Backlash against the Court of Justice of the EU? The recent jurisprudence of the German Constitutional Court on EU fundamental rights as a standard of review // *German law journal*. – Cambridge, 2020. – Vol. 21, N S1. – P. 1–18.
2. Fabbrini F. The right to be forgotten in the digital age: the challenges of data protection beyond borders // *German law journal*. – Cambridge, 2020. – Vol. 21, N S1. – P. 55–65.
3. Mathews J. Some kind of right // *German law journal*. – Cambridge, 2020. – Vol. 21, N S1. – P. 40–44.

РАНЧОРДА С., ГОАНТА С. РЕГУЛЯТОРЫ СОВРЕМЕННЫХ ГОРОДОВ: ЦИФРОВЫЕ ПЛАТФОРМЫ И ОБЩЕСТВЕННЫЕ ЦЕННОСТИ В УМНЫХ ГОРОДАХ И ГОРОДАХ СОВМЕСТНОГО ПОТРЕБЛЕНИЯ. (Реф. ст.).

Ключевые слова: цифровые платформы; умные города; интернет-вещи; общественные ценности; приватность; городское право.

RANCHORDÁS S., GOANTA C. The new city regulators: Platform and public values in smart and sharing cities // Computer law & security review. – 2020. – Vol. 36. – Mode of access : <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364919303863?token=3B9F6D8BF3462B343715E3907610DD4DC9897C9136C3E70B8F0D9EAB60AB4749ADE95C21E3259614D9C0BDD4F2BE506B> (дата обращения: 15.01.2021) . (Article summary).

Keywords: digital platforms; smart cities; Internet of things; public values; privacy; urban law.

Современные технологии и цифровые платформы диктуют новые правила правового регулирования существенных для жизни города инфраструктур. Важно то, какие интересы превалируют при формировании нового законодательства в отношении, например, популярных цифровых платформ и умных городов. Авторы статьи, С. Ранчордас и С. Гоанта, используя ценностный подход, исследуют противоречивую роль цифровых платформ и новых технологий при формировании городской среды, в том числе с правовой точки зрения.

Несмотря на то что цифровые платформы представляют собой крупные компании, обеспечивающие инфраструктуру города и улучшение качества жизни, органы государственной власти должны осознавать риски, связанные с технократическими дискурсами

и потенциальными конфликтами между платформой и местными ценностями.

Если ранее законодатель оставлял цифровые платформы и новые технологии в тени (поскольку их влияние было неясным) и допускал ценностно-нейтральное регулирование, то сегодня они уже стали важнейшими инфраструктурами информационного, экономического и политического влияния. Это выражается и в том, что мы наблюдаем не только приватизацию государственных услуг (например, по обеспечению транспортной инфраструктуры в умных городах), но и сдвиг во властной динамике – от органов государственной власти к частным субъектам, которые не преследуют общественные интересы. Так, о частных субъектах (компаниях – цифровых платформах) говорят как о «субъектах, создающих нормы помимо или внутри государства». Действительно, цифровые платформы создают собственные правовые порядки, которые дополняют государства в создании норм права или даже конкурируют с ними.

Фиксация цифровыми платформами норм происходит в условиях пользования, руководства и т.д., которые являются общими для всех пользователей. Так, Lime (компания, предоставляющая в аренду скутеры) навязывает пользователю условие об освобождении компании от любых коллективных претензий, связанных с ее продукцией, что ограничивает доступ к правосудию, а также о признании права на фотосъемку, видеосъемку и иную запись внешности и голоса, связанные с использованием ее услугами, в любое время без уточнения целей сбора информации.

В случае с умными городами подобные условия могут сохраняться в договорах с местными органами власти, в которых сильной стороной зачастую является компания-поставщик новых технологий, например, Sidewalk Labs или IBM Smarter Cities. IBM реализует проекты умных городов в нескольких странах и на началах *pro bono* консультирует по таким вопросам, как общественная безопасность, экономическое развитие, доступное жилье и даже социальные услуги, что делает компанию «когнитивным правительством».

Очевидно, что ценности платформы не всегда согласуются с национальными или местными ценностями, установленными в существующих правовых рамках. Поведение частных субъектов

противоречит ряду общественных интересов, которые лежат в основе законодательства, таким как: доступность государственных услуг, устойчивость, инклюзивность, содействие развитию местной экономики, ответственность, прозрачность, приватность и др. Так, в Торонто Sidewalk Labs для «решения проблем городского роста» проектирует новый район, который будет собирать данные из широкого круга источников для содействия мобильности, логистике и решениям по устойчивому развитию. В апреле 2019 г. Канадская ассоциация гражданских свобод подала в суд на организацию, занимающуюся благоустройством набережной Торонто и финансируемую государством, а также на канадские органы публичной власти на трех уровнях (федеральном, региональном и местном) из-за непрозрачности реализуемого ею плана и недостаточной защищенности частной жизни жителей Торонто.

Цифровые платформы не только генерируют частные экономические стандарты и правовые нормы, но и являются администраторами этих стандартов. В качестве примера можно привести случай, как правительство Амстердама было вынуждено подписать соглашение с Airbnb в редакции компании.

Авторы приходят к выводу, что для сосуществования цифровых платформ, новых технологий и общества необходимо принятие нового правового регулирования, которое будет отвечать двум принципам: 1) формирование нового ценностного подхода, учитывающего и частные, и общественные интересы; 2) применение открытых договорных форм, которые позволяют в процессе переговоров между местными властями и платформами выработать условия, отражающие баланс ценностей и направленных на их сближение.

*И.В. Воронина*¹

¹ Материал подготовлен под научным руководством *Е.Г. Афанасьевой*.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

УДК 347

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.02.15

ЛУЖИНА А.Н.¹ ЭСТОПЕЛЬ В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВО-ОТНОШЕНИЯХ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре анализируются работы российских ученых-цивилистов, посвященные вопросам применения эстоппеля в гражданских правоотношениях. Данный институт гражданского права рассматривается в контексте самостоятельного принципа и доктрины законных ожиданий, как функция принципа добросовестности. Характеризуются особенности применения принципа эстоппель в патентном праве, в арендных и иных длящихся отношениях, вещном праве.

Ключевые слова: эстоппель; принцип добросовестности; доктрина законных ожиданий; патентное право; вещные права.

LUZHINA A.N. Estoppel in civil legal relations. (Review).

Abstract. The review analyzes the works of Russian civil scientists devoted to the application of estoppel in civil law relations. This institution of civil law is considered in the context of an independent principle and the doctrine of legitimate expectations, as a function of the principle of good faith. The article describes the features of the application of the estoppel principle in patent law, in lease and other continuing relations, and in property law.

Keywords: estoppel; the principle of good faith; the doctrine of legitimate expectations; patent law; property rights.

Эстоппель пришел в современное право из римского как доктрина «venire contra factum proprium» как производное правило о недопустимости противоречивого поведения и представляет сегодня универсальную правовую категорию, которая применяется

¹ Лужина А.Н., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, доцент кафедры гражданского права РГУП, кандидат юридических наук.

не только в материальных отраслях и подотраслях права, например, таких как вещное, обязательственное, патентное и предпринимательское право, но и в процессуальных отраслях права, например, в арбитражном (п. 2 ч. 1 ст. 127.1 АПК РФ) и гражданском процессе (ч. 2 ст. 209 ГПК РФ). Эстоппель рассматривается как самостоятельный принцип [2, с. 199], доктрина [1, с. 89] и как функция принципа добросовестности [4, с. 38]. По мнению К.В. Нама, эстоппель как функция принципа добросовестности призван обеспечивать в процессе правоприменения справедливость, предписываемую законом и общепринятыми в обществе и поддерживаемыми правом ценностями [4, с. 39]. Автор обращает внимание на некорректность формулировки эстоппеля в действующем гражданском законодательстве, в связи с чем его самостоятельное применение, не в рамках реализации принципа добросовестности, может не лучшим образом отражаться на судебной практике. Именно доктринальное обоснование эстоппеля как функции принципа добросовестности должны обеспечивать достаточность объективного права для урегулирования правоотношений с точки зрения соответствия полученного результата целям правового регулирования, считает К.В. Нам [4, с. 40]. Эстоппель как функция принципа добросовестности играет роль ограничителя, т.е. речь идет не о наличии и содержании тех или иных субъективных прав, а об ограничении имеющихся в силу формальных норм субъективных прав. Если благодаря конкретизирующей и дополняющей функциям расширяется объем прав и обязанностей по сравнению с тем, как они установлены в формальных нормах, то здесь вектор обратный. Имеющиеся права могут быть ограничены в их использовании. Причиной такого ограничения служит принцип добросовестности, который призван предотвращать недопустимое расхождение буквы закона с его духом в отдельных конкретных ситуациях [4, с. 41]. Следуя этой точке зрения, К.В. Нам делает следующие выводы:

1) применение эстоппеля является исключением из общего правила, которое допускает изменение поведения субъектов гражданских правоотношений в связи с изменением внешних обстоятельств, возникновением условий, способных повлиять на волю субъекта. Поэтому запрет на изменение поведения возможен только в той ситуации если посредством предшествующего поведения

лицо дало основание другой стороне полагаться на такое поведение или если имеются особые обстоятельства, при которых последующее осуществление права, противоречащее предыдущему поведению, окажет существенное негативное влияние на права и интересы другой стороны. В таких случаях может применяться принцип добросовестности с целью корректировки формально правомерного состояния [4, с. 43];

2) изменение поведения должно быть именно результатом реализации воли субъекта, поскольку можно говорить об ограниченном эффекте эстоппеля, только в случаях наличия воли субъекта на изменение своего поведения и причинения неблагоприятных последствий иным лицам. Если же имеются исключительные обстоятельства, когда в силу противоречивого поведения одного лица другое несет неприемлемые с точки зрения права последствия, тогда ситуация может быть решена с помощью принципа добросовестности [4, с. 44];

3) применение последствий эстоппеля может быть ограничено, если это необходимо для обеспечения, например, правопорядка (ст. 166 ГК РФ). Если правопорядок посчитал определенные сделки опасными для общества в целом, то он не может допустить их конвализации лишь на том основании, что одна из сторон сделки вела себя противоречиво и тем самым затронула интересы другой стороны сделки [4, с. 45];

4) решающим в вопросе признания противоречивого поведения недопустимым является факт наступления для другой стороны существенных негативных последствий, связанных с непоследовательным поведением. Право здесь должно вмешиваться только в целях защиты пострадавшей стороны, а не ограничивать права первой стороны лишь на основании одного факта ее непоследовательного поведения [4, с. 46].

Эстоппель как правовой принцип позволяет предотвратить неожиданную для добросовестного лица перемену в поведении контрагента, обеспечить стабильность гражданско-правовых отношений и гражданского оборота в целом, утверждает М.А. Кондрашова [2, с. 201]. Сравнивая правовые категории «эстоппель» и «доктрину законных ожиданий», которая успешно применяется в англосаксонской системе права при защите прав добросовестного лица от непредсказуемых изменений политики органов публичной

власти и законодательном закреплении институтов, выполняющих аналогичные эстоппелю функции, автор предлагает закрепить в российском гражданском законодательстве указанную доктрину в виде принципа защиты доверия [2, с. 199, 213–214].

Если говорить о сферах применения эстоппеля, то она гораздо шире, нежели применение доктрины защиты законных ожиданий. Как уже говорилось выше, эстоппель может быть применен в отраслях материального права, [2, с. 202], тогда как доктрина защиты законных ожиданий направлена прежде всего на защиту ожиданий заинтересованных лиц в отношении стабильности осуществления полномочий органами исполнительной власти, т.е. ограничивается сферой отраслей права, основывающихся на административном неравенстве сторон (например, лицензирование, выдача разрешений и согласований на проведение строительных и иных работ и т.п.). С одной стороны, доктрина законных ожиданий не ограничивает свободу органов государственной власти и местного самоуправления в лице их должностных лиц в принятии решений, направленных на достижение общего блага, с другой – защищает интересы частных лиц, поскольку позволяет учесть не только факт неожиданного изменения решения или практики органа публичной власти, но и обусловленность такого изменения интересами общества [2, с. 202–203].

Основанием для сопоставления эстоппеля и доктрины законных ожиданий является также их видовое разнообразие. М.А. Кондрашова указывает на наличие нескольких классификаций эстоппеля в англосаксонской правовой системе. Что касается российской правовой системы, то автор условно делит эстоппель на материально-правовой и процессуальный [2, с. 207].

Основное отличие между эстоппелем и доктриной защиты законных ожиданий проводится исходя из их применения. При общей задаче – восстановление нарушенных прав, последствия применения эстоппеля многообразны в зависимости от характера неблагоприятных последствий, которые возникли в результате изменения поведения лица, а последствия применения защиты законных ожиданий зависят от соблюдения баланса частных и публичных интересов, в сторону приоритета именно общественных интересов над частными. Поэтому, доктрина законных ожиданий, в отличие от принципа эстоппель, позволяет учесть то, что на пер-

вый взгляд противоречивое и непоследовательное решение может служить общественному благу и принести пользу для общества в масштабах, несоизмеримых с ущербом отдельно взятого лица [2, с. 212].

Применение эстоппеля в делящихся отношениях, таких как аренда, договор поставки, договор строительного подряда, как возможный инструмент защиты стороны, доверившейся поведению контрагента, отличающемуся от положений договора – основная тема статьи Д.В. Федоров [5]. На примере германского законодательства и судебной практики, в статье анализируется отечественная арбитражная практика, касающаяся возможного применения эстоппеля для защиты нарушенных интересов. Автор отмечает, что исследование условий или предпосылок использования эстоппеля является наиболее интересным вопросом в случае его правоприменения. Так, с содержательной точки зрения немецкая доктрина обосновывает распространенность пресечения права в делящихся отношениях продолжающимся и многократным взаимодействием их сторон, что обуславливает связь между ними и повышенное доверие друг к другу. Соответственно, от участников таких отношений ожидается повышенное чувство справедливости [5, с. 65]. В статье приводится пример из судебной практики Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа. В постановлении этого Суда от 30.10.2018 № Ф02–5236/2018 по делу № А33–34148/2017 указывается, что действующим законодательством и сложившейся судебной практикой не допускается излишне снисходительное отношение в отношении противоречивого и недобросовестного поведения субъектов хозяйственного оборота, не соответствующего обычной коммерческой честности (правило эстоппель) [5, с. 66–67]. Таким поведением является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона в своих действиях разумно полагалась на них. Доверие, которое возникает между участниками делящихся отношений, позволяют им согласиться например, с изменением арендной платы в сторону уменьшения на основании счетов-фактуры в отличии от указанной в договоре, поскольку имеются достаточные основания например, письма арендатора с просьбой рассмотреть вопрос о предоставлении определенных льгот в связи с тяжелым материальным положением последнего,

то есть необходимая основа, подтверждающая наличие воли у лица, совершившего неоднократные действия, отличающиеся от условий договора, но не противоречащие действующему законодательству, позволяющие другой стороне (в данном случае арендатору), быть уверенным в их обоснованности и справедливости. Таким образом, если в дящихся отношениях правообладатель, осуществляя повторяющиеся предоставления, продолжает выставлять счет с меньшей арендной платой или с применением понижающих коэффициентов в договоре подряда, то его право требования в оставшейся части может быть пресечено, если контрагент обоснованно полагал, что, выставляя счет на меньшую сумму, правообладатель рассчитывает на дальнейшее сотрудничество [5, с. 69].

Подобный вывод может быть справедлив не только при наличии многократных однотипных отношений, но при наличии иных обстоятельств, свидетельствующих о наличии повышенного доверия между участниками отношений, и этот момент, по мнению Д.В. Федорова, достаточно сложно доказать в рамках судебного процесса.

Так, приводится пример спорам между Евросеть и Samsung. Евросеть пыталась доказать об утрате последним права на возмещение неустойки, в связи с тем, что она была заявлена по истечению трехлетнего срока с момента допущения соответствующих нарушений Евросетью, а также наличием дящегося договорного отношения и судебного разбирательства с тем же составом участников. Суд такую аргументацию отклонил, отметив, что изменение положений о неустойке было возможно только в письменной форме. Кроме того, Евросеть не доказала, что в действиях Samsung «имело место противоречивое поведение, результатом которого было бы формирование у ответчика (Евросети) твердого понимания того, что неустойка не будет взыскиваться» [5, с. 72]. Таким образом, в приведенном примере участнику не удалось убедить суд о наличии у него достаточных оснований, которые бы достоверно подтвердили первоначальное решение оппонента об отказе от своего права на взыскание неустойки. Можно предположить, что в данном случае это могли быть письма, уведомления, или молчаливое согласие с обращением Евросети о целесообразности прощения ей неустойки. Поскольку подобных доказательств не

было представлено – длящийся характер отношений не был принят судом в качестве достаточного основания к освобождению Евро-сети от обязанности выплатить соответствующую неустойку.

Поэтому вне зависимости от вида длящихся отношений, применение эстоппеля для защиты прав их участника возможно только при обязательной совокупности нескольких условий, а именно: неоднократность и однотипность повторяющихся действий, их соответствие действующему законодательству и наличие безусловных оснований полагать о том, что данные действия соответствуют волеизъявлению сторон, основанном на повышенном доверии сторон [5, с. 75] участников соответствующих правоотношений.

Исследование применения принципы эстоппеля в патентных правоотношениях на примере судебной практики США, Германии и иных иностранных государств, а также России – предмет анализа А.С. Ворожевич: Объект патентной охраны обладает рядом уникальных признаков, которые определяют дальнейшую специфику защиты прав субъектов на патентоохраняемые объекты. Так, патентоохраняемые объекты принципиально не локализуемы в пространстве. Следовательно, на них невозможно установить фактическое господство. Как публичные блага они характеризуются неконкурирующим характером использования: в конкретный момент времени, не мешая друг другу, в своих интересах их может использовать неограниченный круг лиц. Субъект, который предположительно (по утверждению правообладателя) использует чужой патент, не сможет сделать однозначного вывода относительно того, есть в его действиях нарушение или нет [1, с. 89]. Многообразие ситуаций, связанных с возможным применением доктрины эстоппеля, это и защита прав патентообладателя, и защита прав лиц, получающих только патент и подавших соответствующие заявки, защита прав лицензиата и нарушения лицензиатом прав патентообладателя.

Автор выделяет и рассматривает пять видов эстоппеля. Это эстоппель, основанный на истории патентной заявки; на принципе справедливости; эстоппель, связанный историей оспаривания патента; косвенный эстоппель и эстоппель патентной маркировки. В российском законодательстве широкое применение нашел только один из них – эстоппель, основанный на истории патентной за-

явки. В рамках данного способа защиты предусматривается, что заявитель не может прибегать к доктрине эквивалентов, требуя расширительного толкования признаков формулы, которые он до этого сузил посредством внесения изменений. Меняя признаки формулы, заявитель признает и подчеркивает разницу между старыми и новыми ее элементами и объявляет отказ от притязаний в отношении всего, что входит в разницу между тем, что было, и тем, что стало [1, с. 89–90]. Другими словами, если в заявке был сделан упор именно на технологическое или техническое решение / способ решения и возможность применения различных материалов, веществ и т.п., т.е. эквивалентов, то в случае возникновения спора он может сослаться на невозможность иных лиц без его согласия пользоваться аналогичными решениями. Если же заявитель конкретизировал формулу и используемые в ней элементы, составляющие, то в будущем он лишается права на оспаривание подобной формулы, но с иными составляющими, поскольку в данном случае он изначально отказался от своего права на указание эквивалентов, поэтому к нему может быть применен эстоппель указывающий на изменение первоначальной позиции, что приводит к непосредственному или потенциальному нарушению прав иных лиц.

Патентный эстоппель, основанный на истории патентной заявки или судебных разбирательств в отношении данного патента, не соизмеряет поведение ответчика с функциями патентной системы. Он используется для правильного установления объема (границ) патентной охраны [1, с. 93]. С точки зрения автора, принцип эстоппеля может применяться в различных патентных спорах. В общем виде он предлагает правоприменителю учитывать предшествующие заявления и поведение сторон правового конфликта. Применение данного принципа существенно упрощает доказательственный процесс в сложных спорах, сокращая издержки на разбирательство, и является эффективным механизмом пресечения различных недобросовестных практик в патентной сфере со стороны как правообладателя, так и его оппонентов [1, с. 105].

Эстоппель является достаточно удобным механизмом защиты вещных прав и в первую очередь прав на недвижимое имущество. Н.С. Лашков в своем исследовании [3] оценивает возможность применения эстоппеля для защиты вещных прав на

недвижимое имущество в отечественной судебной практики, на примерах, самовольной постройки (ст. 222 ГК РФ), давностного владения (ст. 223 ГК РФ), защиты прав залогодержателя (п. 2 ст. 13 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»).

Анализируя понятие вещного эстоппеля, автор обращается к английскому вещному праву, согласно которому это способ предотвращения злоупотребления правами собственниками земли применяется в случаях, когда земля была улучшена ее арендатором; он порождает право на иск, может быть использован для «нападения» и даже стать основанием для возникновения «новых прав» [3, с. 108].

В контексте настоящей статьи автор вещным эстоппелем именуется инструмент смягчения формализма закона, ограничения абстрактных правил, которые установлены для типизированных отношений и в определенных случаях могут порождать несправедливость при разрешении конкретного казуса [3, с. 110].

Проанализировав судебную практику арбитражных судов и ВАС РФ, автор приходит к ряду выводов. Применение эстоппеля возможно в случаях, когда: 1) не нарушается публичный интерес, при наличии противоречивого или недобросовестного поведения одной из сторон даже в случае несоблюдения предписанных законом формальностей [3, с. 115]; 2) существуют добросовестные ожидания у лица, которое воспользовалось эстоппелем, т.е. наличие умышленных действий контрагента по введению в заблуждение; 3) судебные инстанции формируют позиции согласно которым, возникновение прав связано не с формальным соблюдением требований, к примеру получением разрешения на строительство или регистрацией сделки, а с реальной волей сторон и установлением обстоятельств, которые могли бы препятствовать осуществлению таких прав, к примеру нарушением публичных интересов [3, с. 113]. По мнению автора, доктрина вещного эстоппеля в России может быть заменена общей эксцепцией о добросовестности – ст. 10 ГК РФ, а также положениями ст. 222 и 302 ГК РФ, для того чтобы ограничить недобросовестное поведение в гражданском обороте и должным образом урегулировать баланс интересов его участников [3, с. 115].

Подводя общий итог вышерассмотренным статьям, можно сказать, что вопросы применения эстоппеля в гражданском праве России только начинают обретать свою актуальность и в будущем, вполне возможно, эстоппель найдет более доктринальное законодательное регулирование, что позволит повысить эффективность данного инструмента правовой защиты.

Список литературы

1. Ворожевич А.С. Принцип эстоппеля в патентном праве: основания и практика применения // Закон. – 2020. – № 4. – С. 88–106.
2. Кондрашова М.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник гражданского права. – 2020. – № 3. – С. 199–214.
3. Лашков Н.С. Возникновение вещных прав в обход формальностей: вещный эстоппель в России и Англии // Закон. – 2020. – № 4. – С. 107–115.
4. Нам К.В. Эстоппель в контексте принципа добросовестности // Закон. – 2020. – № 4. – С. 38–46.
5. Федоров Д.В. Эстоппель в арендных и иных длящихся отношениях // Закон. – 2020. – № 4. – С. 65–78.

КРЫСАНОВА Н.В.¹ РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ: ФИЛИППОВА С.Ю. ЮРИДИЧЕСКИЕ ФАКТЫ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ. ЧАСТЬ 1: ПРАВОМЕРНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ДЕЙСТВИЯ: ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ КЛАССИФИКАЦИИ. – М. : Статут, 2020. – 368 с.

Ключевые слова: гражданское право; юридические факты; юридические действия; гражданско-правовая классификация.

KRYSANOVA N.V. Book review: Filippova S.Yu. Legal facts in civil law. Part 1: Lawful legal actions: Civil-legal problems of classification. – М. : Statute, 2020. – 368 p.

Keywords: civil law; legal facts; legal actions; civil-legal classification.

Рецензируемая монография принадлежит перу доцента кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидата юридических наук С.Ю. Филипповой. В центре внимания автора проблемы квалификации правомерных юридических действий как основания возникновения гражданских прав и обязанностей, в том числе квалификации новых юридических фактов, таких как решение собрания, согласие, заверение об обстоятельствах, смарт-контракт, транзакции в сети Интернет и др. Заслуга автора в том, что на высоком научном уровне в монографии анализируются основные теории юридического факта в гражданском праве, прослеживается их формирование в дореволюционный, советский и современный

¹ Крысанова Н.В., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

периоды, выявляются спорные позиции ученых-цивилистов и пробелы в теории юридических фактов.

Данная монография – это своего рода «ревизия» существующих представлений о юридических фактах, их систематизации, которые имеют фундаментальное значение для развития теории юридических фактов в гражданском праве. В решении этой задачи автор опирается на действующее законодательство и правовые позиции Пленумов Верховного Суда РФ.

Категория юридического факта в гражданском праве является основой для понимания динамики правовых отношений. «С юридического факта начинается жизнь правовой нормы» (Р.О. Халфина). Под юридическим фактом понимается факт реальной действительности, с которым действующие законы и иные правовые акты связывает возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (с. 15). По мнению С.Ю. Филипповой, юридический факт – это «юридически значимое восприятие, отображение и фиксация определенных элементов уже произошедшего жизненного обстоятельства в установленной форме и порядке, признанное право в качестве вызывающего правовой эффект, состоящий в возникновении, изменении или прекращении субъективных прав и обязанностей» (с. 52). Надо признать, что способность обобщения признаков определения понятий и, соответственно, формулирование авторского определения юридического факта является одной из сильных сторон монографии.

Автор показывает, что теория юридического факта в гражданском праве связана с несколькими значимыми проблемами. К ним относятся:

– *проблемы соотношения*: а) объективного и субъективного в теории юридического факта (догматическая теория); б) естественной и юридической причинности; в) оснований и условий в динамике правоотношения; г) юридического факта и юридически безразличного обстоятельства;

– *проблемы выделения*: а) признаков юридического факта; б) юридических фактов-состояний; в) отрицательных фактов;

– *проблемы классификации* юридических фактов и *определения правовой природы* заместителей юридических фактов (с. 17).

Актуальность данной монографии обусловлена существенным обновлением гражданского законодательства и появлением

новых юридических фактов, поэтому, считает автор, назрела необходимость рассмотрения изменений устоявшихся правовых позиций Верховного Суда РФ в разграничении сделок и поступков, квалификации решений собраний, исполнения обязанностей по договорному обязательству, заверений, гарантий, согласия, уведомления, которые представляют собой не только теоретические, но и практические вопросы.

Основное внимание в монографии уделяется не только юридическим актам в гражданском праве, но и проблемным вопросам теории правомерного юридического действия. «Действие – это юридический факт, вызванный волей лица» (Е.В. Васьковский) (с. 59). Такое определение, считает С.Ю. Филиппова, является лаконичным и четким. Однако правомерное юридическое действие может быть переqualифицировано вследствие обнаруженного в нем дефекта (недействительность сделки, решения собрания, незаключенный договор, несостоявшиеся торги), правовой эффект юридического действия может быть изменен или прекращен новым юридическим фактом, однако само юридическое действие в силу свойства его ретроспективности не может быть отозвано или отменено.

Основным видом правомерного юридического действия, является сделка, поскольку именно посредством сделки достигается хозяйственная цель субъекта. Важность сделки заключается в следующем: «сделка создает правовую форму хозяйственной связи между субъектами, что особенно важно для коммерческих отношений; сделка позволяет конкретизировать потребности субъектов, четко их вербализовать, выразить; понимание, что собственных целей субъект может достичь с помощью совершения правомерного действия, позитивно сказывается на правосознание, правовой культуре и уровне правопорядка; сделки служат охране права собственности, стабильного владения» (с. 192–193).

При исследовании проблемы соотношения сделки и договора применяется формула «не всякая сделка – договор, но всякий договор – сделка», т.е. понятие сделки является родовым по отношению к понятию договор. Однако данное правило можно считать одной из особенностей российской теории сделок, поскольку возможны и другие варианты. «Сам договор – индивидуальный регулятор отношений сторон, не является ни сделкой, ни правоотно-

шением» (с. 212). По мнению С.Ю. Филипповой, договор представляет собой объективированный результат процесса – действий сторон по согласованию их воли, содержащий представления сторон о правовом и фактическом результате их взаимодействия. Это разграничение имеет важное значение, например, для выявления дефектных юридических фактов. Если дефект обнаруживается в процессе заключения договора или в процессе утверждения устава, речь должна идти о недействительности сделки или решения собрания. Если же дефект в заключении договора или утверждении устава нет, а проблемы состоят в содержании договора или устава, то правовые последствия будут иными (с. 212).

В монографии поднимаются спорные вопросы квалификации отдельных видов юридических действий, в том числе юридической классификации распоряжений в отношении родительских прав; на случай смерти; транзакции в блокчейн, а также неосновательного обогащения. Значительное внимание в монографии уделяется одной из распространенных в договорной практике сделок – уступке права (цессия), определение правовой природы которой вызывает определенные трудности. Позиции правоведов на правовую природу цессии, как указывает автор, довольно многозначная и противоречивая. Ученые по-разному определяют ее суть, это: а) договор; б) односторонняя сделка первоначального кредитора во исполнение договора, заключенного с новым кредитором; в) абстрактная односторонняя сделка первоначального кредитора; г) двусторонняя распорядительная сделка; д) юридический поступок – фактическое действие, направленное на исполнение обязательства первоначального кредитора перед новым кредитором. Судебная практика также четко не определяет правовую природу цессии (с. 318). В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательствах на основании сделки» разъясняется, что уступка права требования производится на основании договора, т.е. договор является основанием (юридическим фактом) для того, чтобы произошла уступка права требования, т.е. уступка смотрится как правовой эффект от заключенного договора, а не отдельное юридическое действие. Однако С.Ю. Филиппова не разделяет позицию о том, что уступка права является юридическим

действием поскольку к уступке возможно применение норм о недействительности сделки (с. 319).

Интересна также точка зрения автора о целесообразности изучения зарубежного права. Она сомневается в необходимости исследования зарубежного права, поскольку частное право представляет собой социокультурный феномен и в наибольшей степени зависит от обычаев и традиций, сложившихся в конкретной местности под влиянием географических, исторических и других процессов, поэтому право каждого государства уникально. Однако С.Ю. Филиппова допускает «вынужденное сближение» правовых систем, которое наблюдается в сфере внешней торговли. В силу целого ряда причин, связанных, в частности, с возникновением и развитием отечественной цивилистики, при исследовании отдельных правовых категорий, как правило, исследователи обращаются к германской юридической доктрине. «Вместе с тем исследование происхождения норм о юридических фактах в современном Гражданском кодексе РФ не позволяет обнаружить генетическую их связь с германским правом», – утверждает автор (с. 12).

КОЧЕУЛОВ Ю.Ю. СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ. – М. : Статут, 2020. – 141 с. (Реф. кн.).

Ключевые слова: субсидиарная ответственность; банкротство; «снятие корпоративной вуали»; контролирующие должника лица; бенефициар.

KOCHEULOV Yu.Yu. Subsidiary liability in the russian federation. – М. : Statute, 2020. – 141 p. (Article summary).

Keywords: subsidiary liability; bankruptcy; «removing the corporate veil»; controlling persons of the debtor; beneficiary.

Как отмечает во введении автор, субсидиарная ответственность – это личная материальная ответственность контролирующих должника лиц по его долгам. Столкновение интересов компании-должника в лице ее руководителей, учредителей и интересов кредиторов наиболее полно проявляется в случае банкротства, когда при установленной неплатежеспособности должника в процесс собираются все требования.

Существенное распространение правового института субсидиарной ответственности обусловлено увеличением злоупотреблений недобросовестными владельцами бизнеса, использующих конструкцию юридического лица как возможность прикрытия «серых» схем. Возможность переложения долговой нагрузки компании на ее контролирующих лиц вызывает желание владельцев уклониться от уплаты налогов, вывести активы в офшоры, совершить мошенничество, ущемить права добросовестных кредиторов и другие негативные действия. Термины «фирма-однодневка», «операционная компания – держатель активов», «дробление бизнеса», «номинальный директор», «теневой бенефициар бизнеса» прочно вошли в лексикон предпринимателей.

В связи с вышесказанным автор прежде всего сосредоточивает внимание на особенностях доктрины «снятия корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*). Первыми данную доктрину применили в США и Великобритании. Ее суть заключается в следующем: если компания используется участником в противоправных целях, то свойство автономности компании игнорируется («снимается»), что приводит к наступлению личной ответственности участника. Автор на примере судебного дела *Laya vs Erin Homes, Inc.* выделяет критерии, которыми руководствуются суды при применении данной модели, поэтому в монографии подробно исследуются эти критерии. Эти критерии носят разноплановый и многофункциональный характер. Формулируется вывод о том, что англосаксонская практика не считает институт юридического лица «неприкасаемым», т.е. любая корпорация является всего лишь техническим приемом для ведения бизнеса. Поэтому участники юридического лица несут ответственность за причиненные их действиями (бездействием) потери.

Автор показывает, что Германия, как представитель континентальной правовой семьи, применяет концепцию «пронизывающей ответственности» (*Haftungsdurchgriff*). «С одной стороны, она призвана выполнять ту же функцию, что и “*piercing the corporate veil*”, а с другой – позволяет не ломать системность устоявшихся правовых институтов, направленных на защиту принципа имущественной обособленности юридического лица» (с. 10). Немецкая судебная практика выделила следующие критерии, позволяющие применять «пронизывающую ответственность»: недостаточная капитализация; полная зависимость общества от своих участников; единственный участник смешал свое имущество с имуществом общества, и в результате определение капитала общества стало невозможным.

Автор монографии отмечает, что институт субсидиарной ответственности в России прошел несколько этапов реформирования, завершающим этапом которого стало появление на свет постановление Пленума Верховного Суда РС от 21 декабря 2017 г. № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве». Внесение последних поправок, как полагает автор, привели к появлению явно «прокредиторских» положений, которые привели к

тому, что, с одной стороны, перестали работать «топорные» схемы по списанию долгов через процедуру банкротства. И у добросовестных кредиторов появился шанс на возврат долгов с фактически неплатежеспособных должников, с другой стороны – «начал стираться принцип обособленной имущественной ответственности, а в некоторых случаях даже добросовестные владельцы компаний попали под удар» (с. 11).

В целом субсидиарная ответственность является одним из основных механизмов по пополнению конкурсной массы должника. В настоящее время кредиторы нередко инициируют процедуру банкротства в отношении заведомо «пустых» компаний лишь с целью запуска механизма привлечения к субсидиарной ответственности их владельцев. Данные обстоятельства подтверждаются статистикой, которая показывает рост числа поданных заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности, и совокупного размера ответственности привлекаемых лиц.

Однако, как отмечает Ю.Ю. Кочеулов, несмотря на «прокредиторские» законодательные поправки, ситуация на рынке проблемных долгов, как и процент удовлетворения требований кредиторов при банкротстве, остается неблагоприятным. Выводы, сформулированные автором монографии позволяют четко определить проблемные аспекты избранной темы. Причиной тому, по мнению автора, является крайне низкий процент исполнения судебных актов о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующего должника лица. В большинстве случаев задолженность недобросовестным контролирующим должника лицом не погашается. Это означает, что такие лица используют методы превентивного управления, направленные на минимизацию их материально-правовых рисков, связанных с банкротством подконтрольных им компаний, выводят и скрывают свои ликвидные активы до привлечения их к субсидиарной ответственности.

Сильной стороной монографии Ю.Ю. Кочеулова является практическая направленность по определению номинальных руководителей. Им сформулированы признаки, позволяющие определить таких руководителей: 1) массовость (номинальный руководитель является руководителем во множестве иных компаний); 2) неплатежеспособность (у номинального лица отсутствует какое-либо личное имущество; в отношении него имеются незавершен-

ные исполнительные производства); 3) после вступления номинального руководителя в должность начинает происходить отчуждение существенных активов компании; 4) в период «руководства» номинального лица компания фактически прекращает хозяйственную деятельность, происходит резкое падение экономических показателей (с. 31).

Значительное внимание в работе автор посвящает исследованию особенностей института субсидиарной ответственности лиц, контролирующих кредитную организацию. К данным лицам, после привлечения к ответственности, применяются дополнительные ограничения. Кроме запрета на приобретение доли кредитной организации или занятие руководящих должностей кредитной организации в течение 10 лет, возникают следующие ограничения: 1) невозможность приобретать и (или) получать в доверительное управление акции (доли в уставном капитале) иной кредитной организации, составляющие более чем 10% от ее уставного капитал; 2) невозможность устанавливать прямой или косвенный контроль по отношению к акционерам (участникам) кредитной организации, владеющих более чем 10% акций (долей), в течение 10 лет со дня вступления в силу судебного акта о привлечении к такой ответственности; 3) запрет на осуществление функций не только руководителя, главного бухгалтера кредитной организации, но и их заместителей, а также занимать аналогичные должности в филиалах; 4) запрет на осуществление функций руководителей службы управления рисками, внутреннего аудита и внутреннего контроля в целях противодействия легализации доходов, полученных преступным путем; 5) запрет на осуществление функций руководителя члена совета директоров (наблюдательного совета) кредитной организации. Все эти особенности обусловлены повышенными требованиями, предъявляемыми государством к банкам. Кроме того, специфика связана с особенностями процедуры банкротства банка: длительным сроком проведения, оспариванием приказа об отзыве у банка лицензии, а также возможностью бенефициаров вывести активы банка еще до обнаружения признаков несостоятельности (с. 119).

В монографии рассматриваются случаи внебанкротной субсидиарной ответственности, когда недобросовестные руководители убыточных компаний прекращают свою деятельность и исклю-

чают ее из ЕГРЮЛ без перехода к процедурам ликвидации и (или) банкротства. В таких случаях взыскать с должника денежные средства будет крайне проблематично, так как компания ликвидными активами уже не обладает. Российская судебная практика по таким делам еще окончательно не сформировалась. Однако Ю.Ю. Кочеулов выделяет дела, в которых при схожих обстоятельствах суды принимали противоположные решения, признавая одни и те же действия то добросовестными, то причинившими вред кредитору. Автор надеется на то, что в очередном постановлении Пленум Верховного суда РФ даст разъяснения и суды «будут придерживаться “золотой середины”, учитывая возможные злоупотребления как со стороны недобросовестных владельцев бизнеса, так и со стороны недобросовестных взыскателей» (с. 128).

Н.В. Крысанова¹

¹ *Крысанова Н.В.*, старший научный сотрудник отдела правоповедения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНОЛОГИЯ

УДК 343

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.02.17

АЛФЕРОВА Е.В.¹ СУДЕБНЫЕ РЕШЕНИЯ И СУДЕБНЫЕ ОШИБКИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ И СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ОТ НИХ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматриваются свойства судебных решений в российском уголовном процессе, требования законности, обоснованности, справедливости и мотивированности, которым должны соответствовать эти решения. Анализируются точки зрения ученых на понятие, виды и причины судебных ошибок, а также проблемы предотвращения, выявления и исправления ошибок суда в уголовном судопроизводстве во взаимосвязи с деятельностью органов предварительного расследования.

Ключевые слова: уголовный процесс; уголовное судопроизводство; судебные решения; судебный акт; судебные ошибки; правосудие; неправосудные приговоры; судебные доказательства.

ALFEROVA E.V. Court decisions and judicial errors in criminal proceedings and remedies for them. (Review).

Abstract. The review examines the properties of court decisions in the Russian criminal process, the requirements of legality, validity, fairness and motivation of court decisions. The article analyzes the views of scientists on the concept, types and causes of judicial errors, as well as the problems of preventing, identifying and correcting court errors in criminal proceedings in connection with the activities of preliminary investigation bodies.

¹ Алферова Е.В., ведущий научный сотрудник, заведомо правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Keywords: criminal procedure; criminal proceedings; judicial decisions; judicial act; judicial errors; justice; unjust sentences; judicial evidence.

Выполнение задач уголовного судопроизводства напрямую зависит от законности, обоснованности и справедливости принимаемых судами решений, судебных актов. Как замечают ученые-процессуалисты, в судебной практике распространены ошибки, допускаемые в ходе рассмотрения судами уголовных дел, которые являются результатом «ущербного» изучения фактических обстоятельств дела [1, с. 3]. В связи с этим в своих исследованиях они пытаются выявить типичные судебные ситуации, изучить и проанализировать регулирующие их нормы УПК РФ, продуцирующие наиболее распространенные ошибки.

Но прежде выясним, какими свойствами российское уголовно-процессуальное законодательство наделяет судебные решения и какие требования предъявляет к ним УПК РФ?

Здесь следует подчеркнуть, что решения, принимаемые судом в уголовном судопроизводстве, являются средствами реализации функции суда на различных стадиях процесса, они в концентрированном виде отражают весь процесс уголовного судопроизводства, раскрывают деятельность суда по установлению обстоятельств дела и их юридической оценке. По сути, все уголовное судопроизводство сводится к тому, чтобы в конечном счете принять решение либо совокупность решений, обеспечивающих достижение разумного баланса интересов личности, общества и государства в конкретном уголовном деле. По качеству принимаемых судебных решений оценивается эффективность правосудия в целом, а также способность судебной системы выполнять ответственную роль органа государственной власти, принимающего решения, т.е. акты правоприменения в процессуальных формах, установленных федеральными законами [2, с. 3–6].

Большинство исследователей изучают судебные решения через его форму – процессуальный акт, принимаемый судом в ходе уголовного судопроизводства. Уголовно-процессуальный закон (УПК РФ) определяет приговор, постановление и определение суда в качестве решений, подразумевая при этом, что все они являются судебными актами. Судебные решения всегда содержат определенные выводы и заключения, поскольку являются результатом

определенной логической деятельности, юридически значимым для всех участников уголовного судопроизводства [2, с. 9]. К числу признаков судебного решения относятся: его государственно-властный характер, основанность на законе и направленность на исполнение закона, обязательность исполнения, строго регламентированный процессуальным законом порядок вынесения, направленность на возникновение, изменение и прекращение правоотношений. Посредством судебных решений реализуются полномочия судов, права участников судопроизводства, предоставленные законом, содержатся ответы на правовые вопросы [2, с. 13].

В зависимости от уровня доказанности фактических обстоятельств, выступающих основой для принятия судебного решения, М.В. Беляев предлагает разделить все судебные решения условно на четыре группы. Это – судебные решения, для принятия которых необходимо достижение: 1) *максимального* уровня доказанности фактических обстоятельств, положенных в основание вынесения судебного акта, т.е. итоговый акт, разрешающий уголовное дело по существу; 2) *высокого* уровня доказанности решения о применении более строгих мер уголовно-процессуального принуждения, как то: заключение под стражу, домашний арест, залог, временное отстранение обвиняемого от должности и др.; 3) *среднего* уровня доказанности, например, судебные решения о производстве следственных действий, затрагивающих конституционные права и свободы граждан; применение мер попечения о лицах, находящихся на иждивении лица, заключенного под стражу; 4) судебные решения, для принятия которых доказывание не требуется, например, решения об устранении сомнений и неясностей в приговоре, о передаче дела по подсудности, о порядке исследования доказательств [2, с. 41].

Исходя из последствий, которые влекут судебные решения, в соответствии с УПК РФ к ним предъявляются повышенные требования – законности, обоснованности, справедливости и мотивированности. В соответствии с п. 1 постановления Пленума Верховного суда РФ от 29.09. 2016 № 55 «О судебном приговоре» приговор суда может считаться законным, если он соответствует не только требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к его содержанию, процессуальной форме и порядку постановления, и основан на правильном применении уголовного

закона, а также соответствует требованиям положений ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. и ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950, определяющих условия справедливого судебного разбирательства. Особое значение в современных условиях приобретает требование мотивированности судебных решений, поскольку право на мотивированное судебное решение является одной из составляющих права на справедливое судебное разбирательство, предусмотренное ст. 6 указанной Конвенции [2, с. 62].

Обоснованность, справедливость и мотивированность – те свойства судебных решений, которые отражают их юридическую сущность, содержание и правовой характер. Они подробно рассмотрены В.М. Беляевым, профессором кафедры уголовно-правовых дисциплин РГУП, автором книги «Свойства судебных решений в российском уголовном процессе» [2]. Законность судебных решений ученые не рассматривают как их надлежащее свойство, поскольку этот принцип формально означает лишь соблюдение требований нормативных-правовых актов, что, по его мнению, не охватывает всей совокупности правовых норм, регулирующих процесс принятия решения и его содержания. Автор считает, что важнейшим свойством судебного решения является его соответствие именно требованиям правовых норм (правовой характер судебного решения) [2, с. 93]. Вместе с тем пределы ответственности судебных решений предписаниям правовых норм не носят абсолютного характера: 1) нарушение норм уголовно-процессуального права может иметь незначительный характер, не влияющий на существо разрешаемых судебным актом вопросов, не затрагивающих права и правовые интересы участников уголовного судопроизводства; 2) в принятом решении могут содержаться опечатки и ошибки технического характера, не влияющие на существо решения; 3) допущенные в ходе предыдущего производства по делу нарушения могут быть устранены судом, возможны ограничения и умаления прав участников уголовного судопроизводства компенсируются и восстанавливаются в ходе дальнейшего производства по уголовному делу [2, с. 158].

Монография В.М. Беяева, посвященная исследованию юридической сущности, значения, основных признаков и свойств судебных решений, принимаемых в уголовном судопроизводстве,

помогает лучше понять причины судебных ошибок, допускаемых при их вынесении, а количество неправосудных судебных решений не снижается [1, с. 13]. Значит, проблема судебных ошибок и по сей день не утрачивает своей актуальности, а научная юридическая литература по судебным ошибкам бедна серьезными исследованиями, замечает автор. Одно комплексное исследование по рассматриваемой теме ему удалось все-таки найти – диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук «Уголовно-процессуальные аспекты выявления и устранения судебных ошибок» (Калининград, 2002)¹. Автор данной работы – В.И. Фалеев, считал, что судебную ошибку нельзя сводить только к нарушению уголовно-процессуального закона в силу заблуждения и т.п., это понятие шире: «...судебная ошибка – это суждения, решения и действия суда, являющиеся результатом добросовестного заблуждения, несоответствующие объективной действительности и закону, и поэтому не приводящая к целям судопроизводства. Данным понятием охватываются не только ошибки, допущенные судом... и влекущие отмену или изменение приговора, но и другие ошибки, совершение которых непосредственно таких последствий не влечет»². Он же и заметил, что в настоящее время вопросы судебных ошибок рассматриваются учеными лишь попутно при изучении тех или иных проблем, а «специальных исследований по данной проблеме не проводилось»³.

Ситуация за почти 20 лет, заметим, практически не изменилась. Однако в 2019 г., наконец, появилось новое издание – монография «Установление истины как основы предотвращения судебных ошибок в уголовном судопроизводстве», авторы которой профессор В.А. Азаров, завкафедрой уголовного процесса Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, доктор юридических наук, и Т.А. Беккер, помощник судьи Арбитражного суда Омской области, кандидат юридических наук, провели углубленный анализ взаимосвязи между установлением объективной истины по уголовному делу и сокращением количества судебных

¹ Фалеев В.И. Уголовно-процессуальные аспекты выявления и устранения судебных ошибок : дис. ... канд. юрид. наук. – Калининград, 2002. – URL: https://freereferats.ru/product_info.php?products_id=285110 (дата обращения 18.01.2021).

² См.: Там же, С. 10.

³ См.: Там же. С. 6.

ошибок в уголовном судопроизводстве [1]. Судебные ошибки рассматриваются названными авторами как самые опасные в перечне юридических ошибок, поскольку они являются результатом недостижения объективной истины по уголовному делу, неверного применения закона, незаконного и необоснованного обвинения либо оправдания, и как следствие – необходимости реабилитации неправосудно осужденного [1, с. 166].

Судебная ошибка имеет следующие характеристики: 1) субъект – суд (судья), в сознании которого формируется на базе внутреннего убеждения, профессиональной квалификации и индивидуальных особенностей, в том числе психологических, восприятие исследованных доказательств и их отражение в судебном решении; 2) внутреннее убеждение судьи, основанное на представленных в суд органами предварительного расследования доказательствах и доверие им, усугубляет возможность возвращения уголовного дела для дополнительного расследования и устранения неполноты доказательственной базы; 3) является следствием неверного отображения информации в сознании судьи (заблуждение или заведомо неправильное поведение, имея результатом неправомерные действия и решения; 4) закрепляется как в промежуточных, так и в итоговых судебных актах; в силу своей противоправности нарушает конституционные права и законные интересы участников уголовного процесса [там же].

Причины судебных ошибок, по мнению В.А. Азарова и Т.А. Беккер, могут быть:

– *объективными*: политические, экономические, социальные; исторические; нестабильность законодательства; отсутствие единообразия судебной практики; несвоевременное информирование о практике применения нового законодательства; законодательные; недостатки в подборе кадров; использование в уголовном процессе оценочных терминов;

– *субъективными*: недооценка судьями требований процессуальных норм; тактическая или техническая ошибка должностных лиц уголовного производства по делу; недостаточность юридических знаний; низкий уровень деловых качеств судьи; отсутствие должных моральных качеств; психические свойства личности; личная заинтересованность; заблуждения и др.;

– объективно-субъективными: неблагоприятные условия деятельности; чрезмерная загруженность; отсутствие специализации в работе судей; экспертные ошибки; действия властных участников уголовного процесса, повлекшие односторонность, необъективность и неполноту предварительного и судебного следствия; неверное толкование и применение законодательства; организационные недостатки [1, с. 167].

Авторы считают, что, определяя причины судебных ошибок, не следует ограничиваться перечнем существенных нарушений УПК РФ, содержащихся в ст. 389.17, однозначно ведущих к неправосудному, ложному судебному акту. Любое нарушение, допущенное в ходе предварительного производства (нарушение порядка исполнения ст. 100 УПК РФ; несвоевременное предъявление следователем обвинения; непринятие своевременных мер по розыску подозреваемого, и т.п.), увеличивает риски принятия объективного судебного решения, ставя под сомнение его истинность [там же].

Ошибки, допущенные на предварительном следствии (приобщение недостоверных доказательств, ненадлежащая формулировка обвинения и др.), отражаются нередко на судебных решениях – они признаются вышестоящими судебными инстанциями неправосудными. Одним из основных средств в механизме предотвращения трансформации ошибки предварительного производства в судебную, а также предупреждения собственной судебной ошибки, является, с точки зрения В.А. Азарова и Т.А. Беккер, законодательное расширение возможности суда в данном вопросе. В этих целях предлагается включить п. 1 и 2 ч. 1.2 ст. 237 УПК РФ в содержание ч. 1 названной статьи под п. 6.1 и 6.2, и, соответственно, исключить ч. 1.2 указанной статьи [1, с. 142]. Авторы полагают, что «ограниченные» возможности судьи, регламентированные законом, не позволяют должным образом осуществлять свою функцию – отправление правосудия. Результаты опроса судей подтверждают насущную потребность в расширении самостоятельных полномочий суда, реализация которых минимизирует вероятность допущения судебных ошибок. Для этого предлагается новая редакция ч. 3 ст. 252 УПК РФ: «3. В случае, когда в судебном разбирательстве установлено явное несоответствие фактическим обстоятельствам дела предъявленного обвинения, если это

свидетельствует о совершении обвиняемым более тяжкого (или иного по характеру) преступления, суд, по собственной инициативе или по ходатайству сторон, имеет право возвратить уголовное дело прокурору в порядке, определенном пунктом 6 части 1 статьи 237 УПК РФ» [1, с. 142].

Решение проблемы предотвращения, выявления и исправления ошибок органов предварительного следствия и суда возможно также путем расширения самостоятельных полномочий суда, например, – о признании исключенного доказательства допустимым (ч. 7 ст. 235 УПК РФ), вызова нового свидетеля (ст. 237 УПК РФ), оглашения показаний участников процесса при наличии в них явных противоречий (ч. 1 ст. 276, ч. 3 ст. 281 УПК РФ). [1, с. 143]. В целях эффективного функционирования механизма выявления и исправления судебных ошибок на стадиях апелляционного, кассационного и ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств предлагается внести изменения и дополнения в УПК РФ, в частности в ст. 389.13, 389.15, ч. 1 и 2 ст. 389.19, ч. 1 и 2 ст. 401.16, ч. 1 ст. 412.12, ч. 1 ст. 415, ч. 2 и 3 ст. 416. Конкретные формулировки указанных норм, излагаемых в тексте книги, объединены в качестве приложения в предлагаемом авторами проекте федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс РФ» [1, с. 177–180].

К месту вспомнить слова известного советского процессуалиста, доктора юридических наук, члена-корреспондента АН СССР М.С. Строговича: «...право на ошибку ниоткуда не вытекает ни в юридическом, ни в этическом отношении. Судебные ошибки были, имеются сейчас и с их возможностью приходится считаться в будущем. Но право судей на ошибку, равно как право на ошибку следователей и прокуроров при расследовании и разрешении уголовных дел не существует, такого права не было раньше, нет сейчас и не будет в дальнейшем. Судебная ошибка – это всегда нарушение законности. У кого же и когда есть “право” нарушать законность?! “Право на ошибку” в уголовном процессе – это аморальное, безнравственное представление, и оно может породить только дальнейшие нарушения законности и нравственности»¹.

¹ Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. – М., 1984. – С. 33.

Ошибки в судебных решениях не является проблемой только российского правосудия. Как показывает недавно изданная монография С. Пойзера, А. Нерс и Р. Милн «Судебные ошибки: Причины, последствия и средства правовой защиты», изданной в Великобритании [3], судебные ошибки – это системные проблемы уголовного правосудия, в данном случае авторы пишут о Соединенном Королевстве. Эти ошибки приводят к нарушениям прав лиц, обвиняемых в совершении и преступления. Хотя термин «судебные ошибки» не ограничивается неправомерными обвинительными приговорами, именно они составляют главный предмет рассмотрения в этой книге. По мнению авторов, такие решения результат «согласительной системы, которая отдает приоритет быстрому правосудию над медленным и строгим изучением фактов в стремлении добраться до истины» [3, р. 33].

Причины неправомерных обвинительных приговоров в Великобритании авторы во многих случаях усматривают в деятельности полиции, прокуроров, адвокатов. Полиция на ранних этапах следственного процесса часто рассматривает доказательства в предвзятом ключе, манипулирует заявлениями подозреваемого, в том числе с использованием принуждения и искажения этих заявлений в целях признания им вины. Адвокаты защиты обвиняются в том, что они недостаточно усердны в поиске доказательств, которые бы установили невиновность их клиентов. Прокуроров критикуют за то, что они не выполняют свою юридическую и этическую обязанность делиться имеющимися у них доказательствами, полезными для защиты.

В связи с этим предлагается: в процессе подготовки следователей больше внимания обращать на анализ конкретных судебных ошибок; полицейские опросы подозреваемых и других свидетелей должны быть сфокусированы на получении информации, а не признаний [3, р. 58]. Это позволит, по мнению авторов, избежать проблемы, заключающейся в том, что допрос, направленный на получение заранее определенного результата, не только является сомнительным с точки зрения этики, но и может изменить воспоминания свидетелей и привести к судебным ошибкам.

Наиболее очевидными жертвами судебных ошибок являются лица, которые были несправедливо осуждены, и часто система, даже когда освобождает их из тюрьмы, по-прежнему отказывается

признать их невиновными и включить в программу реабилитации. Приспособлению таких жертв правосудия к внешнему миру часто препятствуют чувства гнева и горечи, а также нехватка финансовых ресурсов последних.

По мнению авторов, нельзя упускать из виду и то наблюдение, что общество в целом может быть жертвой ошибок правосудия. Сообщения в средствах массовой информации об этих случаях могут подрывать доверие общественности к надлежащему функционированию системы уголовного правосудия и заставить некоторых представителей общественности менее охотно сообщать о преступлениях в полицию или иным образом сотрудничать в их расследовании.

Большое внимание в книге уделяется средствам правовой защиты – официальным и неофициальным. Главным официальным органом правовой защиты в Соединенном Королевстве является Комиссия по рассмотрению уголовных дел (Criminal cases Review Commission (CCRC), созданная в 1997 г. для обеспечения более систематического рассмотрения возможных судебных ошибок.

Закон об обжаловании уголовных решений (The Criminal Appeal Act 1995) наделяет Апелляционный суд юрисдикцией в отношении обвинительных приговоров, которые являются «небезопасными». Существует пять категорий таких обвинений. Это – обвинения, когда: 1) доказательства, которые могли бы иметь решающее значение для вердикта присяжных, не были представлены им в суде; 2) обвиняемый, вероятно, был бы оправдан, если бы не некоторые процессуальные нарушения или ошибки в применении закона; 3) некоторые нарушения в процессе привели к судебному разбирательству, которое не соответствовало основным стандартам справедливости; 4) оставляют наблюдателей с серьезными сомнениями в точности вердикта; 5) произошли изменения в прецедентном праве, которые, если бы они присутствовали во время судебного разбирательства дела, вероятно, привели бы к другому результату [3, р. 98–99].

Именно указанная Комиссия в настоящее время является главным органом решения проблемы неправомерных обвинительных приговоров. Однако отменять такие приговоры она не вправе. Когда возникает «реальная возможность» отмены обвинительного приговора, Комиссия передает дело в Апелляционный суд (3,

р. 98–99). Деятельность Комиссии критикуется за то, что недостаточно эффективно выявляет ошибки правосудия, за волокиту и слишком редкую передачу дел в Апелляционный суд.

Авторы считают, что мандат Комиссии является слишком ограниченным и его следует расширить, включив в него ответственность за вынесение рекомендаций по совершенствованию системы уголовного правосудия во избежание судебных ошибок.

Неформальные средства правовой защиты включают кампании, проводимые организациями, заинтересованными в конкретном деле или интересующимися исправлением неправомерных обвинений в целом, частные расследования отдельных дел и сбор доказательств невинности журналистами или гражданами. «Движущей силой» в борьбе с несправедливостью признаются семьи жертв судебных ошибок. Они часто проводят кампании, которые либо непосредственно приводят к отмене несправедливого результата, либо привлекают достаточно внимания к делу, чтобы побудить какую-либо организацию принять участие в этой кампании [3, р. 121].

Список литературы

1. Азаров В.А., Беккер Т.А. Установление истины как основа предотвращения судебных ошибок в уголовном судопроизводстве : монография. – М. : Юрлитинформ, 2019. – 208 с.
2. Беляев М.В. Свойства судебных решений в российском уголовном судопроизводстве : монография. – М. : Юрлитинформ, 2018. – 184 с.
3. Poyser S., Nurse A., Milne R. Miscarriages of justice: Causes, consequences, and remedies. – Bristol, UK ; Chicago, IL : Policy press, 2018. – 176 p.

НЕНАВИСТЬ В МАШИНЕ: АНТИЧЕРНЫЕ И АНТИМУСУЛЬМАНСКИЕ ПОСТЫ В СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЯХ КАК ПРЕДСКАЗАТЕЛИ ОФЛАЙН-ПРЕСТУПЛЕНИЙ С РАСОВЫМИ И РЕЛИГИОЗНЫМИ ОТЯГЧАЮЩИМИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМИ / УИЛЬЯМС М.Л., БЕРНАП П., ДЖАВЕД А., ХАНЬ ЛЮ, ОЗАЛП С. (Реф. ст.).

Ключевые слова: криминология; Интернет; социальные сети; онлайн-преступления; онлайн-преступность; ненавистнические высказывания; преступления на почве ненависти.

Hate in the machine: Anti-black and anti-muslim social media posts as predictors of offline racially and religiously aggravated crime / Williams M.L., Burnap P., Javed A., Han Liu, Ozalp S. // The British journal of criminology. – 2020. – Vol. 60, N 1. – P. 93–117. (Article summary).

Keywords: criminology; Internet; social networks; online crimes; online crime; hate speech; hate crimes.

Исследователи из Кардиффского университета (Уэльс, Великобритания) Мэтью Л. Уильямс, школа социальных наук; Пит Бернап, факультет вычислительной техники и информатики; Амир Джавед, факультет вычислительной техники и информатики; Хан Лю, школа компьютерной науки и информатики; Сефа Озалп, школа социальных наук, опираясь на методы науки о данных и вычислительной криминологии, анализируют статистику полиции, переписи населения и информацию, размещенную в Twitter, чтобы установить связь между онлайн-ненавистническими высказываниями, направленными против расы и религии, и офлайн-преступлениями на расовой и религиозной почве в Лондоне в течение определенного периода времени 2017–2018 гг. Исследова-

ния показывают, что число преступлений на почве ненависти и ненавистнических высказываний в Интернете сильно коррелирует с такими значимыми событиями, как террористические атаки, выборы и судебные дела (р. 93–94).

Самое большое количество преступлений на почве ненависти было зафиксировано полицией Англии и Уэльса в 2017/2018 гг. – 94 098 преступлений, – что составляет увеличение на 17% по сравнению с предыдущим годом и на 123% по сравнению с 2012/2013 гг. Хотя обзор преступности в Англии и Уэльсе фиксирует последовательное снижение общего числа преступлений, виктимизация преступлений на почве ненависти (сочетание расы, религии, сексуальной ориентации, инвалидности и трансгендеров), оценки количества расовых и религиозных преступлений на этой же почве ненависти показывают рост со 112 тыс. в среднем за год в 2013 г. до 117 тыс. – в 2018 г. Это увеличение не учитывает вероятного роста числа жертв ненависти после террористических атак в Лондоне и Манчестере в 2017 г. (р. 94). По мнению авторов, существует политическая и практическая потребность в улучшении качества агентурной информации о преступлениях на почве ненависти, и в частности – в более глубоком понимании связи напряженности и событий в общинах и характера совершаемых преступлений. Одну из причин возникновения проблемы они видят в значительном сокращении числа сотрудников, поддерживающих полицейских сообществ по всей Англии, и в частности в Лондоне (сокращение примерно на 50% с 2010 г.).

Репрезентативные выборки, охватывающие 16–30-летних в Соединенных Штатах, Соединенном Королевстве, Германии и Финляндии, обнаружили, что в среднем 43% респондентов сталкивались с материалами ненависти в Интернете (53% для Соединенных Штатов и 39% для Соединенного Королевства). Большинство материалов ненависти было встречено в социальных сетях, таких как Twitter и Facebook. Кроме того, при использовании репрезентативной выборки в Великобритании было обнаружено, что почти половина британских интернет-пользователей сообщили о том, что видели материалы ненависти в Интернете, причем 16–34-летние чаще всего сообщали о том, что сталкивались с таким контентом (59% – для 16–24 и 62% – для 25–34 лет). Ofcom также обнаружила, что 45% детей в возрасте от 12 до 15 лет в 2017 г. сообщили о

том, что сталкивались с материалами ненависти в Интернете, что больше показателя 2016 г. на 34% (р. 95).

Исследования показывают, что ультраправые вышли в Интернет и чувствуют себя вольготно благодаря в основном отсутствию препятствий со стороны правоохранительных органов из-за конституционной защиты свободы слова в Соединенных Штатах. Результатом стало создание экстремальных площадок, которые обеспечивают коллективную виртуальную идентичность ранее разобщенным индивидам, испытывающим чувство ненависти. Эти пространства помогли укрепить внутренние группы ненависти во многих странах, включая США, Великобританию, Германию, Нидерланды, Италию и Швецию.

Крайне правая и популярная правая активность в социальных сетях, беспрепятственно существующая в течение десятилетий из-за защиты свободы слова, сформировала у многих пользователей язык, который стал приемлемым в Интернете. Интернет-споры демонстрируют, как легко пользователи социальных сетей воспринимают антагонистический дискурс. В последнее время эти пользователи получили дополнительный стимул к тому, чтобы вести себя свободно в Интернете, из-за противоречивых слов популистских правых политиков, вступающих в спорные дебаты в надежде получить поддержку на выборах и в борьбе за лидерство. Риторика угрозы и инаковости используется в целях усилить поляризацию в Интернете, в надежде на то, что она выплеснется в офлайн – в виде голосов, финансовой поддержки и участия в митингах (р. 98).

Прогнозировать рост офлайн-преступлений на почве ненависти могут помочь, как полагают авторы, обычные предикторы. Таковыми, по их мнению, могут быть: 1) ощущение экономической угрозы, которое приводит к появлению такого чувства, как гнев, направленный на группу меньшинств, считающихся ответственными за экономические трудности; 2) демографические факторы, такие как доля чернокожего населения, этнических меньшинств и возрастная структура, также были связаны с преступлениями на почве ненависти; 3) рост онлайн-ненавистнических высказываний, направленных на расу и религию, связывается с деятельностью полиции и др. (р. 112–114).

Результаты исследований, представленные авторами в многочисленных диаграммах, схемах и рисунках, позволяют им характеризовать расизм как непрерывное насилие, угрозы и запугивания. Преступления на почве ненависти, утверждают они, должны концептуализироваться как процесс, происходящий в географическом, социальном, историческом и политическом контексте. При этом «технологический» контекст рассматривается как ключевая часть этой концептуализации. Устойчивое качество виктимизации ненависти, характеризующееся повторными или непрерывными оскорблениями, угрозами или насилием, теперь распространяется на онлайн-пространство и связано с ее автономным проявлением. Как показывают исследования, ненавистнические высказывания в социальных сетях расширяют «климат небезопасности», для некоторых меньшинств этот процесс выходит за рамки отдельных случаев виктимизации. Онлайн-ненависть для многих меньшинств стала неотъемлемой частью повседневной жизни. Социальные медиа, благодаря различным механизмам, таким, например, как их неограниченное использование ультраправыми, широко заражены расовой нетерпимостью.

Изучение современной динамики виктимизации ненависти требует методов, способных фиксировать и временные, и пространственные вариации как в онлайн-, так и в офлайн-данных, связанных с выражением ненависти. Увеличение числа источников данных о ненависти также имеет важное значение в связи с сохраняющимися низкими показателями отчетности. В статье показано, как административные данные (полицейские записи), опросы (перепись) и новые формы данных (Twitter) могут быть связаны с изучением ненависти в цифровую эпоху. Анкетирование, интервью и этнография, полагают авторы, должны дополняться новыми технологическими методами исследования, позволяющими более полно изучить социальные процессы, порождающие современные преступления на почве ненависти. В цифровую эпоху вычислительная криминология, опираясь на методы науки о данных, может быть использована для изучения стереотипов онлайн-виктимизации ненависти и связанной с ней офлайн-виктимизации. Однако, прежде чем криминологи и практики включают социальные медиа в свой «информационный раци-

он», предлагается осознать потенциальные формы предвзятости в этих новых формах данных (р. 116).

Таким образом, данное исследование показывает, что онлайн-виктимизация ненависти является частью более широкого процесса причинения вреда, который может начаться в социальных сетях, а затем мигрировать в физический мир.

Е.В. Алферова¹

¹ *Алферова Е.В.*, ведущий научный сотрудник, завотделом правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

МАЙЕР Ф. ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ В 2030 г.: ПРЕДПОЛАГАЕМЫЙ ВЗГЛЯД НАЗАД НА 2020-е. (Реф. ст.).

Ключевые слова: Европейский союз; право ЕС; футурология; интеграция; дезинтеграция; объединенная Европа.

MAYER F.C. The EU in 2030: an anticipated look back at the 2020s // German law journal. – Cambridge, 2020. – Vol. 21, N 1. – P. 63–68. (Article summary).

Keywords: European Union; EU law; futurology; integration; disintegration; united Europe.

Как отмечает Франц Майер из Билефельдского университета, юристы не очень хорошо приспособлены для того, чтобы предсказывать будущее, поскольку обычно имеют дело с политическими компромиссами прошлого, трансформировавшимися в правовые нормы настоящего. Тем не менее размышления о будущем могут быть полезны для того, чтобы осознать текущие процессы европейской интеграции и сложности, с которыми она сталкивается (р. 63).

Вопрос о том, как конкретная отрасль права может развиваться в будущем, может быть задан применительно к любой области права. Ответить на этот вопрос применительно к праву ЕС сложнее, поскольку речь идет не только о развитии правоприменительной практики или доктринальной концепции, но и будущем Европы как межгосударственного образования и европейской интеграции как политического проекта. Таким образом, вопрос состоит из двух частей: каково будущее ЕС и каково будущее права ЕС. Отвечая на него, можно использовать два подхода. Первый заключается в проекции предыдущего развития ЕС и настоящего *status quo* на будущее. Второй – в выработке возможных сценариев.

Построение проекции просто, если речь идет о чем-то, что остается неизменным на протяжении времени. Динамические процессы, напротив, ухватить крайне сложно, можно только попробовать определить направления и тенденции и затем размышлять о вероятности сохранения этих тенденций в будущем. Применительно к праву ЕС проблем с проекцией не возникает. Многочисленные договоры закрепляют «еще более тесный союз», все в праве ЕС указывает на дальнейшую интеграцию. Реальность, однако, несколько сложнее. Хотя полномочия и компетенции европейского уровня управления выросли по сравнению с уровнем 1957 г., полномочия ЕС, закрепленные в Лиссабонском договоре, носят ограниченный характер. Маастрихтский договор 1992 г. затормозил развитие многих сфер полномочий. Вместе с тем многие ключевые элементы права ЕС, к примеру, прямое его действие, а также его примат, остаются нетронутыми, что говорит о том, что они сохранятся и в более отдаленном будущем. Не менее важен и тот факт, что на протяжении многих лет остаются неизменными положения об основных свободах, устанавливающие единый рынок. Европейское сообщество активно защищало это положение и во время Брекзита (р. 64).

Использование построения сценариев для прогнозирования будущего в прошлом можно найти в исследованиях как Европейской комиссии, так и Министерств иностранных дел Германии и Франции. Эти исследования доказывают, что будущее неопределенно. Ни одно из исследований не предсказало кризис евро. Каковы еще проблемы такого же уровня значения для политического устройства ЕС? Их можно определить по сегодняшним заголовкам – изменение климата, миграция внутри и снаружи Европы, трансграничные риски, связанные с эпидемиями инфекционных заболеваний, дефицит энергоресурсов, правители Европы и остального мира, ориентирующиеся на территориальные категории XIX в., роль Китая в изменяющемся мире, появление цифрового общества. Многообразие этих вопросов показывает невозможность детального сценария будущего. Есть, однако, во всех приведенных примерах нечто общее. Эта характеристика роднит их с кризисом евро и миграционным кризисом – все они не могут быть преодолены усилиями одного национального государства [там же].

Противоположностью детализированного сценария является упрощенный план общего характера. Автор выделяет три таких сценария:

1) большей интеграции (сценарий «федерального государства» или «Соединенных штатов Европы»);

2) меньшей интеграции, при которой суть объединенной Европы сведется к беспошлинной торговле между странами, входящими в ее состав;

3) сохранение положения, существующего на данный момент.

Для всех этих сценариев существуют определенные предпосылки. Сценарий федерального государства возможен исходя из общих футуристических наблюдений. Он часто используется и в культурных произведениях (взять, хотя бы телевизионный сериал Стар-трек). Можно критиковать его как выражение американоцентристской поп-культуры. Действительно, американские авторы подобных книг и сериалов берут за основу историю США. Однако, также верно, что история учит нас, что непрочные политические объединения со временем становятся более устойчивыми (Швейцария, Германия, США). Некоторые политические партии Германии ставят «объединенную Европу» в качестве одной из своих программных целей. Разумеется, достигнуть этой цели силами одной только Германии невозможно, необходимо, чтобы и другие государства к этому стремились. Поскольку в настоящий момент единства по этому вопросу не наблюдается, более вероятным выглядит второй сценарий развития событий (р. 65).

Свидетельства возможной дезинтеграции очевидны. И дело не только в Брекзите, во многих странах Европы националистические партии на подъеме. Это, однако, входит в противоречие с наблюдениями о том, что решение многих текущих проблем требует межнационального участия, а развитие права ЕС указывает на более глубокую интеграцию. Если учесть эти встречные движения, может показаться, что из трех сценариев наиболее правдоподобным является третий, и через 10–20 лет Европа будет находиться в той же степени интеграции, что и сегодня. Фокус в том, что для того, чтобы сохранить текущее положение вещей необходимо предпринять усилия для дальнейшей интеграции. Этому может препятствовать размер ЕС и процесс принятия решений в нем. Ко-

личество государств-членов ЕС в прошлом росло и, вероятно, будет увеличиваться в будущем. Как показал Брекзит, выход государств из ЕС так же возможен, но количество и разнообразие его членов не уменьшится значительно. В прошлом увеличение числа членов организации привело к углублению проблем с принятием решений, особенно в ситуациях, когда требуется единогласное решение (р. 66). Понимание последствий, к которым это может привести требует более глубокого анализа процесса интеграции в Европе. Это, в первую очередь проект по установлению и поддержанию мира в Европе. Изначальная цель актуальна и сегодня. Несмотря на то что в настоящее время конфликты решаются не так, как 70 лет назад – войной, а переговорами и судебными процессами, удержать достигнутый уровень цивилизованности без определенных реформ будет сложно. Сохранение мира могло бы стать частью нарратива европейской интеграции. Эммануэль Макрон доказал, что такая позиция выигрышна даже в контексте выборов.

Для того чтобы сделать европейскую интеграцию более устойчивой необходимо учитывать четыре соображения: 1) одна из проблем европейского конституционного права состоит в том, что изменение основных договоров ЕС требует единогласного решения и последующей ратификации всеми членами. Этого двойного единогласия настолько сложно достичь, что любая идея о внесении изменений в эти документы считается провальной уже заранее; 2) валютный союз должен остаться в центре всех реформ. Валюта является одним из традиционных маркеров суверенитета, добровольное решение о передаче этой части суверенитета ЕС создает взаимную зависимость государств и делает интеграцию более глубокой; 3) процесс инициирования новых реформ будет успешным лишь в том случае, если первые шаги на этом пути будут скромными. Таким скромным шагом может стать изменение протокола группы Евро; 4) необходимо постоянно учитывать императивы германского конституционного права. Основной закон Германии 1949 г. закрепляет Staatsziel (объединенную Европу) в качестве одной из конституционных целей. Позиционирование Германии как части объединенной Европы было одним из условий возвращения ей полного суверенитета. При этом, автор призывает, трезво оценивать роль и положение Германии в Европе, а также ее интересы, которые заключаются в единстве интересов Германии и

Европы в целом (р. 65). При этом, как говорил Томас Манн, Германия должна быть европейской, а не Европа германской.

Основная опасность и одновременно преимущество футурологии заключается в том, что все прогнозы можно проверить, нужно только дождаться будущего. Уже сейчас, однако, понятно, что то, как будет выглядеть Европа в 2030 г., и политически, и конституционально, зависит от событий, которые будут происходить в 27 (или более) странах ЕС.

*Н.В. Кравчук*¹

¹ *Кравчук Н.В.*, старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

КРАВЧУК Н.В.¹ СОЦИАЛЬНЫЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматривается правовое регулирование и проблемы в области социальных прав в Европейском союзе. Ключевая роль, как отмечается, здесь отводится Декларации о социальных правах жителей ЕС. Ее принятие и реализация свидетельствует о тенденции интегрировать учет социальных нужд во все области права и политики ЕС.

Ключевые слова: международное право; Декларация о социальных правах жителей ЕС; социальные права; социальные партнеры; государственная поддержка.

KRAVCHUK N.V. Social Human Rights in the European Union. (Review).

Abstract. The review is focused on legal regulation and problems in realization of social rights in European Union. The key role in this process belongs to European Pillar of Social Rights. Its adoption and implementation indicates there is a tendency to integrate social concerns in all fields of law and politics of the EU.

Keywords: international law; European Pillar of Social Rights; social rights; social partners; state aid.

17 ноября 2017 г. Европейский парламент, Европейский совет и Еврокомиссия объявили на своем расширенном саммите в шведском Гетеборге запуск нового грандиозного проекта – «Социальное измерение» (Декларация о социальных правах жителей ЕС – European Pillar of Social Rights). По своей сути эта Декларация является высоким политическим подтверждением приверженности

¹ Кравчук Н.В., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

Европы социальным правам и принципам. Реализация этого документа осуществляется как на уровне ЕС, так и на уровне государств – членов и предполагает развертывание полного спектра инструментов управления ЕС: регламентов и директив, рекомендаций и коммуникаций, создания новых учреждений, выделение финансирования, выработку национальных рекомендаций. Несмотря на то что этот документ не является юридически обязывающим, закрепленные в нем права могут стать объектом принудительного исполнения за счет того, что они закреплены в иных документах, обязательных для этих стран, в том числе Хартии основных прав ЕС, Европейской социальной хартии, конвенциях Международной организации труда (МОТ) [2, р. 102, 105]. В некотором смысле Декларация является попыткой перекомпоновки и консолидации, при которой социальные права и принципы, ранее заключенные в различных документах с разными целевыми аудиториями, собраны в едином документе и одобрены институтами ЕС, включая Совет, через который получено политическое одобрение этого документа государствами – членами ЕС.

Декларация не может напрямую влиять на определение содержания прав, закрепленных в других документах. Однако она демонстрирует, каким образом их в настоящий момент понимают политические учреждения ЕС и, соответственно, как они будут реализовывать эти права в контексте политической повестки дня. Более того, Суд ЕС, а также национальные суды, могут использовать Декларацию в качестве источника толкования прав и принципов, закрепленных в иных документах, особенно, если документы, появившиеся после принятия Декларации, ссылаются на нее в своих преамбулах или подготовительных текстах [2, р. 105].

Не следует приравнивать Декларацию к тому списку из двадцати социальных прав и принципов, которые она закрепляет. Это ограничило бы ее правовое и политическое значение, заключающееся в ее программной природе. Широкое понимание данной инициативы, ее восприятие в качестве процесса, а не статического инструмента, включает в себя и ее имплементацию, в том числе и с помощью иных законодательных актов. Она уже стала основой выработки ряда мер, входящих в новый план социально-ориентированных действий, некоторые из которых уже близки к принятию. Рабочий документ Комиссии «Мониторинг имплементации

Декларации о социальных правах жителей ЕС» дает представление о том, меры какого рода могут рассматриваться в качестве мер реализации Декларации. В нем они перечислены применительно к каждому закрепленному праву / принципу и включают несколько десятков инициатив ЕС: страновые рекомендации относительно минимального дохода, Регламент панъевропейского пенсионного продукта, предложение Рекомендации о продвижении общих ценностей, инклюзивного образования и Европейского измерения образования, предложение Регламента усиления сотрудничества ЕС в области оценки медицинских технологий и проч. [2, р. 103, 106].

Смесь «старых и новых элементов» приводит к неоднозначности Декларации, поскольку затрудняет понимание ее объема и содержания. В этом может помочь ее прочтение через призму Повестки Лучшего регулирования ЕС (EU Better regulation agenda), направленной на улучшение качества законодательства ЕС, снижение количества законодательных актов, увеличение общественного участия в законодательном процессе, продвижения научного подхода к управлению, и внедрения принципов subsidiarity и пропорциональности [2, р. 117]. Двойственность Декларации является ее характерной чертой и частью ее природы. Она дает возможность Комиссии, как главному разработчику политики ЕС, стратегически и гибко определять в каких областях и в отношении каких действий будет наиболее эффективным «разыграть карту» Декларации [2, р. 107].

Еще одной характеристикой Декларации, которая воспринимается негативно, является то, что она не отражает проблему перераспределения полномочий принятия решений по социальным вопросам, как и проблему конституционного дисбаланса между «рынком» и «социальным», хотя именно на фоне этих проблем зародилась эта инициатива.

Следующая проблема, требующая внимания заключается в территориальном применении Декларации. Согласно первоначальному проекту Декларация покрывала в первую очередь зону евро. Это объяснялось тем, что «более значительный упор на занятость и социальную эффективность особенно важен для повышения устойчивости и укрепления Экономического и валютного союза [2, р. 110]. Представляется, что это объяснение лишь часть правды и речь шла о том, что эти страны представляют собой бо-

лее узкую и глубоко интегрированную группу стран, разделяющих общую позицию относительно социальной политики. Этот аргумент понятен, но вряд ли приемлем. Ограничивать сферу применения основополагающих прав и принципов лишь частью территории ЕС, претендующей на некоторое единство конституционного порядка, сомнительно с точки зрения верховенства права.

Перечисленные недостатки, однако, не означают, что Декларация бесполезна. Она представляет собой оливковую ветвь, которую ЕС протягивает международным организациям, и которую они принимают. Это особенно важно сейчас, когда ЕС нужен позитивный посткризисный дискурс [2, р. 127].

Сильвана Скьярра, судья Конституционного суда Италии, говоря о впечатляющей разнице между уровнями минимальных зарплат в странах – членах ЕС, которые отражают разные традиции заключения коллективных договоров, и о важности выработки скоординированных мер по этому поводу, также отмечает значимость Декларации о социальных правах жителей ЕС. Она видит важность этого документа, прежде всего, в том, что он включает в себя как положения первичного права ЕС (в том числе отсылку к ст. 9 Договора о функционировании ЕС (ДФЕС)), так и инновационное «горизонтальное условие» («horizontal clause»), которое должно содействовать реализации прав и принципов, закрепленных в Хартии основных прав ЕС, а также ссылается на стандарты в области трудового права, предусмотренные конвенциями МОТ и Европейской социальной хартией. Такой подход носит принципиальное значение, поскольку конвергенция стандартов укрепляет минимальный уровень обеспечения фундаментальных прав и готовит почву для судебного вмешательства в случае возникновения такой необходимости [3, р. 85].

Специфической чертой «Европейской социальной модели» является социальный диалог. Эта «модель» в последние годы претерпела ряд потрясений, связанных с прогрессивным уменьшением участия в переговорном процессе организаций, представляющих рабочий класс и бизнес. Также беспокоит снижение количества участников этих организаций и объема коллективных соглашений на национальном уровне. В противоречие европейской конституционной традиции и первичному праву ЕС, национальные власти зачастую выступают против взаимодействия с социальными парт-

нерами. Между тем многообразие способов, с помощью которых социальные партнеры должны реализовывать свои цели, должно популяризироваться. Именно социальные партнеры должны взять на себя ключевую роль борцов с неравенством, распространившимся в Европе в последнее время. Причиной тому стал не столько экономический или финансовый кризис, но большая разница в уровне оплаты труда и условий труда в недавно присоединившихся странах и странах с более богатой экономикой.

Еще одной причиной неравенства является мобильность работников. Этот контекст рассмотрен Директивой ЕС 96/71/ЕС об откомандировании работников, производимом в рамках предоставления услуг (Directive on posted workers). Кроме того, для борьбы с не-декларированной работой был учрежден Европейский орган по труду (European labor authority). Взаимодействие этих институтов также требует активного внимания социальных партнеров [3, p. 86].

Еще одна область их влияния – положение иммигрантов и беженцев. Большинство мер борьбы с их маргинализацией безуспешно. В 2017 г. социальные партнеры подписали Соглашение о европейском партнерстве, предоставляющее беженцам возможности интегрироваться в рынок труда. Однако надежды на этот документ не оправдались. Необходимо дублировать его на национальном уровне, адаптируя заложенные в нем меры к нуждам местной экономики, которой традиционные и часто высококвалифицированные навыки беженцев могут быть полезны. Залогом успеха здесь является финансирование. В настоящее время, в связи с началом переговоров по Многолетним финансовым рамкам 2021–2027 (Multiannual financial framework 2021–2027) возобновились дебаты об использовании средств ЕС. Они показывают как важно включение местных сообществ и региональных властей в распределение средств и управление проектами. Высказывается предложение закрепить использование определенного процента средств, управляемых на уровне ЕС, за организациями гражданского общества и местными акторами. Это, однако, должно быть сделано так, чтобы не войти в противоречие с национальными политиками в области миграции [3, p. 88].

Делия Ферри из Ирландского национального университета в Мейноте, и Хуан Джордж Пьернас Лопез из Университет Мурсии,

отмечают распространение «социального измерения» на сферы, ему ранее не свойственные, а том числе область государственной поддержки (state aid).

Ранее законодательство ЕС о господдержке в первую очередь преследовало цель регулирования свободной конкуренции и предотвращения снижения экономической эффективности вследствие вмешательства государства. Вступление в силу Лиссабонского договора, который ввел в конституционные рамки ЕС язык социальной защиты и социальной инклюзии, и, в частности, ст. 3(3) Договора о ЕС (ДЕС) и ст. 9 ДФЕС, повлияло на то, насколько социальные цели принимаются во внимание при применении положений законодательства о господдержке. Согласно ст. 3(3) ДЕС устойчивое развитие Европы строится на основе сбалансированного «экономического роста» и «социального прогресса», социальной справедливости и социальной защиты, а также борьбы с социальной маргинализацией и с дискриминацией. Статья 9 ДФЕС еще более связывает внутренний рынок и социально-ориентированные ценности, устанавливая, что «при определении и осуществлении своей политики и деятельности Союз учитывает потребности в содействии высокому уровню занятости, в обеспечении адекватной социальной защиты, в борьбе с социальной маргинализацией и в высоком уровне образования, обучения и охраны здоровья людей. Теперь Европейская комиссия старается уравновесить экономические и социальные цели через большую визуализацию социальной компоненты в различных формах и областях вмешательства ЕС [1, р. 76]. Повлияло это и на законодательство ЕС о господдержке.

Лиссабонский договор и первостепенное внимание социальным соображениям способствовало формированию «двойного» социального измерения законодательства и политики в области господдержки. С одной стороны, толкование понятия поддержки Еврокомиссией, а затем Судом ЕС, дало больший простор для достижения государствами – членами ЕС социальных целей без опасения задействовать ст. 107(1) ДФЕС, согласно которой помощь, предоставляемая в любой форме государствами или за счет государственных ресурсов, которая искажает или угрожает исказить конкуренцию путем создания преимуществ для отдельных пред-

приятый или производств, является не совместимой с внутренним рынком [1, p. 78].

С другой стороны, Комиссия выработала свое собственное понимание «плохой» и «хорошей» политики в области господдержки, фактически регулируя национальные политики в этой области. Теперь более чем раньше, государства стимулируются использовать национальные ресурсы для достижения социальных целей, составляющих «европейский интерес» в соответствии с задачами Европы 2020, а также других программных документов. О том же свидетельствуют анализ решений Комиссии относительно того, может ли быть признана та или иная господдержка совместимой с внутренним рынком согласно ст. 107 (3) ДФЕС, а также социальный контекст применения ст. 107 (2) (а) ДФЕС, согласно которой помощь социального характера, выделяемая индивидуальным потребителям, при условии, что она предоставляется без дискриминации по месту происхождения продукции, является совместимой с внутренним рынком и Общим регламентом либерализации торговли (General block exemption regulation) [1, p. 100]. Экономический анализ, производимый Комиссией, зачастую основывается на индикаторах, демонстрирующих социальные выгоды для ЕС в целом.

Таким образом, хотя идеал «социальной Европы», как он был сформулирован в 1980-х, все еще далек, двойное «социальное измерение» области господдержки показывает стремление ЕС достигнуть баланса между рыночными целями и социальными потребностями. Отмечается, что изменение в социальной политике ЕС не является кратковременной реакцией на конституционные проблемы или экономический кризис [1, p. 100]. Скорее, изменение в этой области, ранее далекой от социальной повестки дня, говорит о намерении интегрировать учет социальных нужд во все области права и политики ЕС. О том же говорят и принятие и реализация Декларации о социальных правах жителей ЕС.

Список литературы

1. Ferri D., Piernas López J.J. The social dimension of EU state aid law and policy // Cambridge yearbook of European legal studies. – Cambridge, 2019. – Vol. 21. – P. 75–100.

2. Garben S. The European pillar of social rights: an assessment of its meaning and significance // Cambridge yearbook of European legal studies. – Cambridge, 2019. – Vol. 21. – P. 101–127.
3. Sciarra S. How social will social Europe be in the 2020 s? // German law journal. – Cambridge, 2020. – Vol. 21. – P. 85–89.

ЕЙКЕН Х. ван. ТЪЕББС В СТРАНЕ ЧУДЕС: О ЕВРОПЕЙСКОМ ГРАЖДАНСТВЕ, НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ И ОСНОВОПОЛАГАЮЩИХ ПРАВАХ. (Реф. ст.).

Ключевые слова: утрата гражданства; Европейский союз; тест индивидуальной пропорциональности; права человека; интересы ребенка; равенство.

EIJKEN H. van. Tjebbes in Wonderland: On european citizenship, nationality and fundamental rights // European constitutional law review. – Cambridge, 2019. – Vol. 15, N 4. – P. 714–730. (Article summary).

Keywords: loss of citizenship; European Union; individual proportionality test; human rights; interests of the child; equality.

Апеллируя к чувствам «Алисы в стране чудес», чьи размеры постоянно и непредсказуемо менялись, Ханнеке ван Ейкен, Университет Утрехта, замечает, что заявители по делу *Tjebbes and others vs Minister van Buitenlandse Zaken*, вероятно, чувствовали себя так же, неожиданно узнав, что они уже в течение длительного времени не являются гражданами Нидерландов.

Интересно, что в данном деле заявители, для защиты своего национального гражданства, обратились к своему статусу граждан ЕС. Таким образом, хотя гражданство ЕС иногда рассматривается как угроза национальной идентичности, здесь все произошло с точностью наоборот.

В центре спора был Закон о гражданстве Нидерландов (Dutch nationality act), который предусматривает, что гражданство Нидерландов прекращается при определенных обстоятельствах в силу действия закона. При этом заявители утратили не только гражданство Нидерландов, но и статус граждан ЕС и связанные с ним права. Суд ЕС, рассматривая это дело, подтвердил широкое

толкование своего подхода к делам о гражданстве и применил тест пропорциональности (р. 715).

Г-жа Тьеббс, гражданка Канады и Нидерландов, родилась и всю жизнь прожила в Канаде. Оба гражданства она приобрела по рождению. В мае 2003 г. она обратилась за получением паспорта Нидерландов и получила его. Он был действителен до 2008 г. В апреле 2014 г. она обратилась за получением нового паспорта. В этом ей было отказано, поскольку она утратила гражданство Нидерландов. Сообщено ей об этом не было. В других, присоединенных к этому делу, случаях факты схожи. К примеру, г-жа Коопман родилась и провела детство в Нидерландах, затем переехала в Швейцарию. Поскольку в ситуации утраты гражданства родителем вследствие проживания вне Нидерландов его дети автоматически теряют гражданство, помимо самой г-жи Коопман утратил гражданство и ее ребенок (р. 716).

У всех заявителей в данном деле гражданство было автоматически прекращено в связи с тем, что они не проживали на территории Нидерландов и на территории ЕС в течение более десяти лет. Как предусмотрено в законе, этот период приостанавливается в случае, если гражданин обращается за получением паспорта или в течение года проживает в стране гражданства или на территории ЕС. Согласно ст. 20 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС), гражданином ЕС является каждое лицо, имеющее гражданство государства-члена. Гражданство Союза дополняет собой национальное гражданство, а не подменяет его. Как следствие, статус гражданина ЕС зависит от гражданства страны – члена ЕС. Оно наделяет лицо определенными правами. Как закреплено в Декларации 2 к Маастрихтскому договору, полномочия регулировать вопросы, связанные с гражданством, принадлежат национальным юрисдикциям. Суд ЕС также указывал, что регулирование гражданства – вопрос отдельных государств, однако они не могут ограничивать свободу передвижения. В 2001 г. Суд постановил, что для того, чтобы вопрос гражданства подпадал под юрисдикцию ЕС, должен быть затронут действительный статус гражданина ЕС. В первый раз такой вопрос встал в деле *Rottmann*. Тогда Суд ЕС пришел к выводу, что, несмотря на компетенцию государств-членов, отмена гражданства гражданина ЕС может «по причине своей природы и последствий» оказаться в сфере дей-

ствия права ЕС, а власти должны установить баланс между интересом государства – члена ЕС, заключающимся в отмене гражданства, и последствиями, с которыми в результате этого столкнется лицо. Для того чтобы в должной мере учесть последствия, создаваемые этим фактом, для самого лица и членов его семьи, должен быть применен тест индивидуальной пропорциональности (*individual proportionality test*) (р. 717).

Рассматривая дело *Tjebbes*, Суд ЕС повторил, что каждое государство устанавливает условия получения и утраты гражданства, уважая при этом нормы международного права. Он добавил, что в ситуациях, которые попадают в сферу права ЕС, национальные правила должны соответствовать праву ЕС. Автоматическая утрата гражданства в силу действия закона сама по себе допустима в той мере, в которой она может быть предметом оценки пропорциональности последствий властями или судами, и эти власти могут, «если это целесообразно, восстановить гражданство лица при его обращении за проездным документом или иным документом, подтверждающим его гражданство». Если эти условия соблюдены, положение национального законодательства соответствует ст. 20 ДФЕС, рассмотренной в свете права на частную и семейную жизнь (ст. 7 Хартии об основных правах ЕС) и прав ребенка (ст. 24 указанной Хартии).

Что касается теста пропорциональности, Суд ЕС счел необходимым наличие возможности «дополнительного индивидуального исследования последствий потери гражданства для лица, его семьи и нормального развития его семейной и профессиональной жизни». В этом Суд ЕС отступил от мнения Генерального адвоката, который счел, со ссылкой на дела *Delvigne* и *Rottmann*, что индивидуальное исследование не необходимо и пропорциональность может быть исследована *in abstracto* (р. 719). Исследуя положение несовершеннолетних, Суд отметил, что в дополнение к тесту пропорциональности следует рассмотреть вопрос о том, будет ли утрата гражданства в интересах ребенка.

Комментируя решение Суда ЕС, автор подчеркивает, что Суд счел необходимым именно «индивидуальную оценку» того, «не было ли непропорционально затронут нормальное развитие его семейной и профессиональной жизни». Этот стандарт значительно отличается от абстрактного теста пропорциональности на

основе закона, который Суд счел необходимым применить в делах *Dano*, *Alimanovic* и *Garcia-Nieto*, касавшихся социальных прав. В этих делах Суд последовательно занимал ограничительную позицию и предусматривал наличие у властей широкой сферы усмотрения. В данном деле Суд не стал оценивать разумность десятилетнего срока для установления отсутствия связи между страной и лицом. Вместо этого он предусмотрел возможность установления баланса между интересом государства определять своих граждан и последствиями утери гражданства для заявителей. Применяя этот тест, Суд постарался не пересечь тонкую грань, разделяющую сферы действия государств – членов ЕС и самого ЕС. Предусмотрев, что для того чтобы баланс был нарушен, последствия для лица должны быть «серьезные», он как бы перекинул мост между правами гражданина ЕС и полномочиями государств. Без ответа остался вопрос об исковой давности при оспаривании утраты гражданства. Из решения понятно, что тест на пропорциональность не будет учитывать гипотетические и косвенные последствия утраты. Это означает, что момент пересмотра ограничен моментом утраты гражданства, а не моментом обнаружения его утраты. При этом нет указания на ограничение времени для обращения граждан Нидерландов к их гражданству ЕС и требованию провести тест пропорциональности в этом контексте (р. 725).

Интересно отметить, что если ранее, в деле *Rottmann* в 2010 г., Суд ЕС не ссылаясь на права человека, то в последние годы Хартия прав человека ЕС играет в практике Суда большую роль. Ссылаясь на права человека Суд и в своем решении по делу *Tjebbes*. Что касается прав и интересов ребенка, Суд ЕС отметил, что единство гражданства семьи не всегда может быть приравнено к соблюдению интересов ребенка. Возникает вопрос: всегда ли лишение ребенка его гражданства ЕС будет противоречить его наилучшим интересам?

Решение затрагивает и вопрос равенства как одного из основополагающих прав гражданина ЕС. Поскольку автоматическое лишение гражданства затрагивает только лиц, имеющих двойное гражданство, между гражданами ЕС может возникнуть неравенство. К примеру, у г-жи Тъеббс, имеющей гражданство Нидерландов и Канады, есть сосед, являющийся только гражданином Нидерландов, и сосед, являющийся гражданином Нидерландов и

Испании. Из всех троих гражданства ЕС лишится только Тьеббс. Эта ситуация создана не столько законами Нидерландов, сколько тем фактом, что государства не могут содействовать появлению лиц без гражданства. Можно возразить, что три соседа находятся в разном положении, поскольку по законодательству ЕС граждане третьих стран обладают иными правами, нежели граждане ЕС. Но речь о том, что Суд ЕС мог поставить этот вопрос более однозначно, чем это было сделано. Он же лишь сослался на Конвенцию о сокращении безгражданства в контексте обсуждения легитимной цели, но не рассмотрел вопрос неравенства (р. 728).

В целом решение Суда ЕС по делу Тьеббс можно охарактеризовать не как прорывное, а скорее как подтверждающее сформулированную ранее позицию о том, что вопросы гражданства могут находиться в сфере регулирования ЕС. При этом Суд последовательно подходит к вопросу теста пропорциональности, в том плане, что он не подвергает сомнению 10-летний период, фигурирующий в законе Нидерландов, и тем самым предоставляет большую сферу усмотрения властям. Также в качестве положительного развития практики следует отметить прямую ссылку на права человека, в частности Хартию основных прав ЕС.

Н.В. Кравчук¹

¹ *Н.В. Кравчук*, старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук.

АЛЕШКОВА И.А.¹ РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ: ЭНТИН К.В. ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА СКВОЗЬ ПРИЗМУ ПРАКТИКИ СУДА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. – М. : Статус, 2020. – 324 с.

Ключевые слова: право Европейского союза; правовая система; принципы права; юрисдикция; судебная система; прямое действие права; Суда Европейского союза.

ALESHKOVA I.A. Book review: Entin K.V. The law of the European Union through the prism of the practice of the Court of the European Union. – M. : Status, 2020. – 324 p.

Keywords: European Union law; legal system; principles of law; jurisdiction; judicial system; direct effect of law; Courts of the European Union.

Данная работа К.В. Энтина, заместителя руководителя Секретариата Суда ЕврАзЭС, начальника экспертно-аналитического отдела, заведующего евразийским сектором Центра комплексных европейских и международных исследований НИУ ВШЭ, кандидата юридических наук, включает ранее опубликованные – авторское учебное пособие «Право Европейского союза и практика Суда Европейского союза» (М. : Норма, 2015) и его научные статьи. Основное внимание автора сосредоточено на свойствах права ЕС, принципах функционирования институциональной системы ЕС, роли Суда ЕС, а также праве внутреннего рынка ЕС (свобода движения товаров, лиц, услуг и капиталов, право конкуренции). Особенностью данной книги является акцент на анализе решений Су-

¹ Аleshkova И.А., старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

да ЕС. Такой подход выявляет не только логику формирования права ЕС, но и значение правовых норм в их практическом применении. Не обходит стороной автор и такие мало изученные в российской юридической литературе вопросы, как: особенности прямого действия директив, специфика процедур прямого и косвенного обжалования нормативных правовых актов ЕС, соотношение права конкуренции и охраны интеллектуальной собственности.

Известно, что для права ЕС характерно прямое действие, интегрированность и верховенство. Одно из главных достижений Евросоюза – построение автономной и независимой правовой системы (с. 15). Право в Евросоюзе выступает как универсальный язык общения между различными во многих отношениях 27 государствами. Судебные решения Суда ЕС придают ему динамичный характер, способствуя постоянному его движению и развитию (с. 16–17).

Право ЕС имеет собственный объект регулирования – европейский интеграционный процесс, а также собственный предмет регулирования, которым выступают общественные отношения, связанные с развитием европейской интеграции (с. 17). Действие права ЕС распространяется на всю его территорию. При этом ряд территорий государств-членов пользуются особым статусом, например, Франция с ее заморскими территориями. Что касается действия права ЕС во времени, то в основном все учредительные договоры носят бессрочный характер. Соответственно, тот же характер по умолчанию имеют и принимаемые на их основе акты вторичного права (с. 19).

Прямое действие права ЕС дает возможность индивидуумам ссылаться в национальных судах наряду с нормами национального законодательства на правовые акты ЕС, включая регламенты и директивы ЕС, содержащие правила общего характера (с. 19, 22). Интегрированность как принцип означает, что право ЕС автоматически становится частью национального права, запрещены его копирование и трансформация, при этом на государствах лежит обязанность его исполнения, а не рецепции (с. 23). Верховенство как принцип права ЕС не только определяет обязательство государств-членов обеспечивать полную и эффективную защиту прав, вытекающих из права ЕС, вне зависимости от установленных

национальным законодательством препятствий или ограничений, но способствует утверждению принципа действительности или эффективности права ЕС (с. 27).

Вопрос о прямом действии директивы был впервые поднят в решении Суда ЕС от 6 октября 1970 г. по делу *Franz Grad vs Finanzamt Traunstein*, в котором, затрагивая вопрос о применении внутригосударственного акта и директивы Суд, воспользовавшись аргументом полезного действия, пришел к выводу, что эффективность принятых мер будет снижена, если у индивидов не будет возможности ссылаться на эти меры в национальных судах (с. 131–133). Вместе с тем подчеркивается, что первым решением, принятым непосредственно в отношении прямого действия директивы, стало решение Суда от 4 декабря 1974 г. по делу *Yvonne Van Duyn vs Home Office*.

К.В. Энтин касается также и принципа запрета горизонтального действия директив и особенностях вертикального их действия. Ценным представляется в работе и то, что автор обращает внимание на неоднозначность практики Суда ЕС в отношении прямого действия директив, подчеркивая имеющиеся исключения в практике его реализации.

Наряду с вышеуказанными принципами, автор рассматривает принципы взаимодействия между государствами-членами ЕС, выделяя такие, как принцип наделения полномочиями (с. 29); принцип субсидиарности и пропорциональности (с. 36); добросовестного сотрудничества; равенства государств-членов и уважение их национальной самобытности; солидарности; автономии институтов (с. 42), а также принципы, определяющие построение институциональной системы и взаимодействие между институтами ЕС: единство и целостность институтов; институциональный баланс; добросовестное сотрудничество; уважение общих ценностей и соблюдение прав человека (с. 45).

При этом подчеркивается, что именно экономика является движущей силой европейской интеграции. В связи с этим автор значительное внимание уделяет свободам экономического взаимодействия, как то: свобода движения товаров, включающая в свое содержание – определенные способы ведения торговли и передвижения товаров; свобода движения лиц, услуг и свобода учреждений; свобода движения капитала и платежей.

В практическом отношении интересна третья глава «Источники права Европейского союза». Автор отмечает весьма сложную структуру права ЕС, раскрывает ее особенности, классифицируя на источники *первичного* (учредительные договоры), *вторичного* (регламенты, директивы, заключения, рекомендации и др.) и *третьичного* права (практика Суда ЕС, общие принципы права ЕС, а также нормы международного права) (с. 65).

Следует заметить, что основные особенности построения судебной системы ЕС, требования к кандидатам на судебские должности и составу должностных лиц Суда, порядок функционирования, компетенция и процессуальные особенности деятельности Суда ЕС рассматриваются в стиле, характерном для учебных изданий. Вместе с тем деятельность Суда ЕС анализируются через призму вызовов современности, оказывающих влияние на значимость принимаемых Судом ЕС решений.

Этот судебный орган остается одним из ключевых механизмов, обеспечивающих исправное функционирование институциональной структуры ЕС и европейской интеграции (с. 101). Среди ключевых вызовов деятельности Суда ЕС автор называет – увеличение нагрузки за счет общей тенденции роста заявлений, поступающих в Суд, важность сохранения высокого качества рассмотрения дел и уровня проработанности судебных решений на фоне сокращения продолжительности сроков рассмотрения дел и др. (с. 102–103).

Автор выявляет ряд тенденций, оказывающих влияние на развитие права ЕС: тенденция усиления контроля трансграничных финансовых институтов зоны евро на наднациональном уровне и тенденция стабилизации предусматривающая формирование единой системы гарантий вкладов и единого фонда спасения проблемных банков. Подчеркивается, что в настоящее время активно развивается право конкуренции ЕС, которое по сути в современный период представляет одну из отраслей права ЕС. Право конкуренции ЕС характеризуется как функциональный правовой инструмент, призванный содействовать решению всего комплекса целей и задач Евросоюза: повышение благосостояния народов, обеспечение устойчивого, сбалансированного экономического роста и стабильных цен, поддержку и продвижение научного и технологического прогресса. В связи с этим автор на основе решений

Суда ЕС раскрывает действие принципов запрета антиконкурентных соглашений и координированных действий, запрета на злоупотребление доминирующим положением.

Обращая внимание на значимость контроля законности в рамках общей внешней политики безопасности К.В. Энтин отмечает, что с принятием Лиссабонского договора компетенция Суда ЕС в данной сфере формально претерпела лишь незначительную трансформацию. Так, согласно ч. 1 ст. 275 Договора о функционировании Евросоюза, Суд ЕС «не обладает полномочиями в отношении положений об общей внешней политике и политике безопасности, а равно в отношении актов, принимаемых на их основе». Для понимания сути данного положения автор анализирует разъяснения Судом ЕС указанной нормы, ссылаясь на решение Большой палаты Суда от 19 июля 2016 г. по делу *H. vs Council and Commission*, которое распространяется и на сферу общей внешней политики безопасности ЕС.

Следует положительно оценить стремление автора раскрыть в монографии процедуру принятия ограничительных мер и их видов, именуемых в политической литературе «санкциями» и вопросы соблюдения прав человека.

Анализ принципов права ЕС во взаимосвязи с решениями Суда ЕС дают обширный материал для дальнейшей творческой разработки вопросов об уровнях взаимодействия принципов права.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341

DOI:10.31249/rgpravo/2021.02.20

ЗАХАРОВ Т.В.¹ К ВОПРОСУ О РУКОВОДЯЩИХ ПРИНЦИПАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ СИСТЕМЫ: ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ГОСПОДСТВА ПРАВА. (Обзор).

Аннотация. Международное право существует в шатком балансе между абстрактными универсальными принципами и реалистичным почтением к силе. В современной международной системе могущество и стратегические интересы часто берут верх над правовыми ограничениями. В данном обзоре речь идет о реализации идеала международного господства права, которое на практике систематически нарушается.

Ключевые слова: международная система; система международного права; принципы международного права; господство права; международное господство права.

Zakharov T.V. On the guiding principles of the international system: Problems of the international rule of law. (Review).

Abstract. International law exists in a precarious balance between abstract universal principles and a realistic reverence for force. In the modern international system, power and strategic interests often take precedence over legal constraints. This review deals with the realization of the ideal of the international rule of law, which in practice is systematically violated.

Keywords: international system; international law system; principles of international law; rule of law; international rule of law.

На площадке главных органов Организации Объединенных Наций, мировые лидеры неоднократно подтверждали свою приверженность международному порядку на основе господства пра-

¹ Захаров Т.В., научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН.

ва, понимаемому как непреложная основа более мирного, процветающего и справедливого мира. Идея господства права видится необходимой максимой в межгосударственной дипломатии.

В науке получила распространение идея международного господства права, рассматриваемая как важное условие согласованности норм международного права. Профессор международного права Хельсинского университета М. Коскенниemi отыскивает истоки принципа господства права в главном труде «отца» международного права Г. Гроция «О праве войны и мира» [3]. В то же время мнения ученых о содержании принципа господства права и принципов построения международной системы крайне расходятся. Научный сотрудник школы права Мельбурнского университета Ш. Чалмерс указывает на распространяющееся расистское, империалистическое насилие – интервенции тех, кто заявляет о выражении воли людей и в то же самое время отрицает их обычаи и право [1]. Лектор международного права Университетского колледжа Дублина Р. Коллинз указывает на две внешне несовместимые идеализации в теоретической конструкции международного господства права [2]. Доцент Колледжа права им. М. Морица Университета штата Огайо М. Хелал видит необходимость более обобщенного рассмотрения «руководящих принципов» международной системы [4].

Важность Г. Гроция в истории правовой мысли подчеркнута манерой появления идеи господства права в его труде «О праве войны и мира» (1625), полагает М. Коскенниemi. Она была представлена в виде могущественной основы управления постфеодальным, коммерческим государством [3, р. 17].

Согласно Г. Гроцию, «Если же нет такого общественного союза, который мог бы сохраняться в безопасности без права – что Аристотель доказывал ярким примером шайки разбойников, – то не подлежит сомнению, что и тот союз, в который объединяется род человеческий или же несколько народов, нуждается в праве...»¹. Таким образом, в работе вводилась новелла – место для международной легальности между утилитарной политикой и тео-

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. Три кн. / под общ. ред. С.Б. Крылова. – М., 1956. – С. 5.

логией – и появлялся новый, многообещающий путь преодоления межконфессионального насилия в Европе [3, р. 20–22].

Несмотря на свою сложность и идеологическую эклектичность, книги «О праве войны и мира» предложили контролируруемую, поддающуюся управлению основу для организации европейских политических центров и их взаимодействия друг с другом. Книги представили не только общую теорию права и его источников, концепции нарушения и наказания, но и видение государства в международном и национальном публичном праве. В систему межгосударственного взаимодействия вводился также ряд институтов частного права (контракты, территория, семейные отношения и т.п.), расширяя всестороннее правовое структурирование всех внутригосударственных и международных условий человеческой жизни [3, р. 20–22].

Однако как идея – международное господство права омрачено своей крайней неопределенностью и внутренними противоречиями. Как идеал – оно непрерывно подрывается институциональными условиями децентрализованного международного правового порядка [2, р. 191].

Международное право существует в шатком балансе между абстрактными спекуляциями об обязывающих принципах и реалистичным почтением к силе [3, р. 17]. В современной международной системе могущество и стратегические интересы часто берут верх над правовыми ограничениями. Реализация идеала международного господства права систематически нарушается [2, р. 192].

Подобные условия оставляют место для иных радикальных подходов к принципам построения международной системы. Противоречия идеи международного господства права ярче проявляются в противопоставлении ее категориям международной системы, являющимся, в известной степени, для нее антагонизмами. К примеру, теория неореализма рассматривает анархию в качестве «руководящего принципа» международной системы (К. Уолтц (K. Waltz)). Анархия является основополагающей концепцией в теории международных отношений – ключевой переменной в объяснении и предугадывании действий государств (Р. Пауэлл (R. Powell)). В международной политике она рассматривается как «трансгисторический факт жизни» (А. Причард (A. Prichard)). Анархичность децентрализации международного права выделяет-

ся в качестве характера, отличающего его от внутригосударственных правовых систем (К. Уайток (C. Whytock)) [4, p. 470–471].

Принцип международного господства права, таким образом, видится равно и как проект трансформации, и как дисциплинарная практика. В академической литературе, господство права описывается как *raison d'être* (смысл существования) международного права (А. Ноллкемпер (A. Nollkaemper)), как наиболее важная цель международной системы (Г. Блум (G. Blum)) [2, p. 192].

Современный проект международного продвижения принципа господства права представляет собой многомиллиардную индустрию и покрывает весь мир. В то же время, в достижении своих целей, проект терпит один провал за другим (С. Пахуджа (S. Pahuja), М. Браун (M. Brown), Д. Фарралл (J. Farrall), Х. Чарльзворс (H. Charlesworth), П. Гоудер (P. Gowder)). Причинами, по мнению Ш. Чалмерс, служат ошибки в понимании того, что есть «господство права», с одной стороны, и в чем заключена природа «права», с другой [1, p. 957–958].

Сами структурные условия международных отношений вызывают некий концептуальный разрыв, выражающийся во внешне несовместимых, противоположных идеализациях. С одной стороны, международное господство права может пониматься, как «основа для содружества» в международных отношениях (Т. Нардин (T. Nardin)). Такое понимание подчеркивает важность правовой формы как таковой, в связи с чем, структурная или институциональная автономия международного права критически важна для мирных международных отношений. Однако, с другой стороны, принцип господства права существует как ничем не подкрепленное обещание «наступающего» порядка. Он имеет отличительную антиформалистскую природу, указывая на функциональную способность международного права ограничить участников международных отношений (прежде всего государства) и, таким образом, стремящегося развить более эффективные международные институциональные механизмы [2, p. 191].

Несмотря на то что данные конкурирующие идеализации приводят к противоречиям, их концептуальный контраст крайне необходим для понимания власти и динамики в международной ответственности в эру «глобального управления», полагает Р. Коллинз [2, p. 191].

Принцип господства права не имеет сегодня собственного значения, считает Ш. Чалмерс. Литература пестрит креативными метафорами для его описания. Господство права превратилось в подобие шарлатанского зелья, магического эликсира, навязываемого как панацея от всех мировых проблем (Р. Кляйнфельд (R. Kleinfeld), Т. Карозерс (T. Carothers)). Концепция схожа «риторическому пузырю», наполненному теплым воздухом, который движется в направлении веяния политической риторики (М. Кригер (M. Krygier)) [1, p. 957–958].

Даже во внутригосударственных правопорядках, принцип господства права является откровенно неопределенной, аморфной концепцией, что еще больше осложняет решение проблемы, как адаптировать его международному пространству [2, p. 193–194]. Проблема усугубляется рядом важных характеристик современного права: его всеобъемлющая «компетенция», способность «опосредовать любые отношения»; его уравнинное «порядку» и «безопасности» положение; его противопоставление обычаю; авторизация им насильственного вмешательства [1, p. 961–963].

В представлении Г. Гроция, люди, обращаясь к международным отношениям, обнаруживают тенденцию подчинить себя «правилам», которые к тому же не исходят ни от одного живого существа. Г. Гроций использовал данную предполагаемую тенденцию в объяснении доверия и убежденности, с которыми члены идеальных обществ (*good societies*) соглашаются жить в мире и ожидании взаимных выгод от взаимодействия друг с другом. Та же тенденция уполномочивает их наказывать тех, кто ставит под сомнение выгодность данных правил или чинит препятствия их распространению [3, p. 17].

Однако, даже если отвлечься от точного определения, чтобы сфокусироваться на обобщающей концепции характеристике или функции, все еще остается явное несоответствие концепции институциональным и политическим реалиям децентрализованной международной правовой системы, полагает Р. Коллинз [2, p. 193–194].

Ш. Чалмерс предлагает переосмыслить вышедшую более 25 лет назад книгу П. Фитцпатрика (P. Fitzpatrick) «Мифология современного права», раскрывшую расистский характер и, как следствие, строение западной концепции современного права. «Мифо-

логия современности основана на опыте империализма. Сегодня, империализм обычно рассматривается как нечто маргинальное, исключительное и исчезающее, тогда как, по моему мнению, он лежит в основе всего, является обыденным и несокрушимым»¹. Книга не только сохраняет сегодня свою актуальность, но и вносит существенный вклад в современную дискуссию об универсализации принципа господства права [1, p. 957].

Ш. Чалмерс обращает внимание на сформировавшийся расовый империализм, отрицающий право иных обществ по всему миру, равно как и способы, посредством которых оно уже опосредует социальное управление, а вместе с тем отрицая и само такое отрицание. В этом и заключается мифология международного продвижения принципа господства права [1, p. 980].

Проблему составляет не то, что в основе западного права лежат мифические – отстраненные от реальности, противопоставляемые любым иным правопорядкам концепции, такие как «порядок», «свобода» или «равенство». Проблема в том, что именно данная мифология, в динамике ее стремления (рассмотрим, к примеру, европейскую колонизацию), является внутренне расистской [1, p. 961–963].

Такие изменения в подходах, как развитие идеи «правового плюрализма», хотя и влияют на понимание международной системы, но также и подтверждают фундаментально расистский характер ее западного видения [1, p. 958]. Расизм (расиализация (*racialization*)) не может быть снят со счетов, как продиктованный обстоятельствами и, разумеется, постыдный побочный продукт современной западной мысли и права. Он вплетен в саму их структуру [1, p. 959].

В отыскании основ порядка в международной системе М. Хелал предлагает отталкиваться от более обобщенной (альтернативной) теоретической конструкции. Он называет ее «конститутивный режим международной системы». Данный режим осуществляет функции «руководящих принципов» международной системы [4, p. 470].

¹ Fitzpatrick P. The mythology of modern law. – Abingdon, UK : Routledge, 1992. – P. x.

Конститутивный режим международной системы, по М. Хелалу, состоит из трех компонентов. Первый – это принцип дифференциации, обеспечивающий идентификацию составляющих международную систему единиц – субъектов (*constituent units*). Второй – теория мирового порядка, прописывающая направления политики и принципы, необходимые для поддержания порядка внутри системы. Третий – это вторичные правила международного права, генерирующие международный правотворческий и правоохранительный процессы [4, р. 470].

Теоретическая конструкция конститутивного режима международной системы дает новый категориальный аппарат не только для концептуализации нормативных оснований международной системы, но и для понимания различных форм изменений в международном порядке. К кризису международного порядка приводят глубокие изменения международной системы, вызванные комбинацией таких факторов, как сдвиг в глобальном балансе сил (в пользу не-западных государств), растущая роль негосударственных организаций, укрепление популизма (в западных демократиях) [4, р. 470, 471].

Р. Коллинз считает, что нельзя отказываться ни от идеи, ни от идеала международного господства права, по меньшей мере, по двум причинам. Во-первых, современное международное право уже исторически строится на основе аналогий с внутригосударственным правом – как система позитивных правовых правил. Во-вторых, отказ от данного принципа подорвет современные концепции институционального международного правового взаимодействия [2, р. 194].

Однако, как сконструировать модель, которая будет достаточно точной, чтобы служить руководством, и достаточно абстрактной, чтобы служить руководством в любых обществах, неважно насколько отличающихся друг от друга? [1, р. 968].

Высокий уровень консенсуса в отношении достоинств принципа господства права возможен именно благодаря разногласиям в отношении его значения. В силу этого, принцип рассматривается как некий «глобальный здравый смысл» [2, р. 192].

Последовательный и убедительный взгляд на принцип международного господства права должен, конечно же, отражать позиции участников международных отношений [2, р. 194]. Более

радикальную позицию занимает М. Хелал, указывая на особую роль великих держав в формировании конститутивного режима международной системы [4, р. 502]. Однако в целях разработки правового механизма, теории должны также и абстрагироваться от практики [2, р. 194].

Принцип господства права должен проистекать из локальных форм права, являясь медиумом между нациями. Если универсальные формы и нормы, наполняющие принцип господства права имманентны обществу, тогда общество должно быть автором и источником правомочности своего развития [1, р. 968].

Список литературы

1. Chalmers S. The Mythology of international rule-of-law promotion // *Law & Social Inquiry*. – Cambridge, 2019. – Vol. 44, N 4. – P. 957–986.
2. Collins R. Two idea (l)s of the international rule of law // *Global constitutionalism*. – Cambridge, 2019. – Vol. 8, N. 2. – P. 191–226.
3. Koskenniemi M. Imagining the rule of law : Rereading the Grotian «Tradition» // *European journal of international law*. – Oxford, 2019. – Vol. 30, N 1. – P. 17–52.
4. Shelal M. Anarchy, ordering principles and the constitutive regime of the international system // *Global constitutionalism*. – Cambridge, 2019. – Vol. 8, N 3. – P. 470–505.

САНДХОЛЬТЦ В. ВОЗРОЖДАЮЩИЙСЯ АВТОРИТАРИЗМ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ГОСПОДСТВО ПРАВА. (Реф. ст.).

Ключевые слова: наука международного права; международно-правовое исследование; универсальность международного права; принцип господства права; конституционализм; авторитаризм.

SANDHOLTZ W. Resurgent authoritarianism and the international rule of law. The international rule of law – rise or decline? / ed. by H. Krieger, G. Nolte and A. Zimmermann. – Berlin, 2019. – 29 p. – (KFG working paper series; N 38). (Article summary).

Keywords: science of international law; international legal research; universality of international law; rule of law principle; constitutionalism; authoritarianism.

Автор статьи – профессор международных отношений и права Университета Южной Калифорнии – рассматривает и оценивает три авторитарные политические стратегии: субординация судебной власти; подавление независимых средств массовой коммуникации и свободы выражения мнения; ограничение способности общественных групп участвовать в публичной жизни. Анализ этих стратегий позволяет идентифицировать страны, показывающие рост авторитаризма в государственном управлении.

Приведет ли разрушение многосторонних институтов, сформированных в сфере международных отношений на протяжении последних 70 лет, к закату международного господства права? Или же подобные изменения всего лишь означают, что государства, все еще оставаясь основными международными нормотворцами (по крайней мере, некоторые из них) и используя свою суверенную прерогативу, меняют правила, по которым они живут? Иными словами, приведет ли возврат международного правового порядка к состоянию 1913 или 1939 г. к ослаблению международного гос-

подстава права или же лишь к изменению его содержания? – задает вопросы автор.

Авторитаризм укрепляется в разных частях света на основе режимов государственного управления различных типов – и демократических, и авторитарных, и гибридных. Исследования показывают, что в мире распространяются меры, позволяющие снять или ослабить ограничения государственной власти, ставящее под угрозу основные права и свободы [с. 5, 14 (график № 1), с. 15 (график № 2), с. 16 (график № 3, 4), с. 17 (табл. № 1), с. 18 (графики № 5–7), с. 19 (график № 8, 9), с. 20 (табл. № 2), с. 21 (графики № 10, 11), с. 22 (табл. № 3), с. 24 (табл. № 4)].

Условия реализации современных концепций и принципов господства права и их основное содержание совпадают. Так, современные концепции господства права, во-первых, требуют ограничения власти индивидуальными правами; во-вторых, совпадают с современными концепциями конституционализма, в основе которых лежит идея ограничения государственной власти универсальными принципами и нормами защиты прав человека. Принципы международного господства права в международной системе также предполагают внутригосударственное конституционное ограничение государственной власти. Снижение этого ограничения государственной власти приводит к ослаблению действия принципа международного господства права (р. 10).

Принцип господства права рассматривается преимущественно в контексте внутригосударственного политико-правового порядка. Его определяют три компонента: 1) руководство государства может осуществлять власть только посредством права; 2) право применяется к государству и его должностным лицам; 3) право обязано применяться равно ко всем (р. 6).

Узкое понимание господства права фокусируется на формальной легальности и практике в ее пределах. Сущность защищаемых ценностей не рассматривается. Государства сами решают, как ограничивать принадлежащую им власть, т.е. понимание господства права оставляет содержание права на усмотрение государств (там же).

Однако данное понимание господства права неминуемо вступает в противоречия со следующими условиями современной международной системы. Во-первых, международное право суще-

ствуется при отсутствии международного правительства. Международное принудительное управление не является обязательным предварительным условием ни международного права, ни принципа международного господства права. Во-вторых, в современном международном праве, государствам не требуется явно выражать свое согласие с нормой. Напротив, государство обязано настойчиво возражать против формирующейся обычной нормы международного права, чтобы она не могла быть ему противопоставлена. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) не допускают исключений. В-третьих, даже во внутригосударственных правовых порядках, некоторые фундаментальные и многие конституционные нормы не могут быть принудительно исполнены в «традиционном» понимании. Правовое оправдание само по себе является «властью», а международное господство права «показывает свою власть», когда государства стремятся совершать действия, которые могут быть оправданы в соответствии с международным правом (р. 6).

Теоретики, отстаивающие широкое понимание международного господства права не рассматривают его узкие концепции как господство права как таковое. Господство права не может быть приравнено к простому существованию правового порядка, без каких-либо дополнительных квалификаций. Выражение «господство права» теряет интеллектуальное значение, если в качестве права рассматривается любая эффективная система действующих правил, независимо от их моральной сути. Господство права следует понимать, как правовой порядок, устанавливающий ограничения в принятии решений и защищающий моральные права тех, кто находится в его юрисдикции (Т. Нардин (T. Nardin) (цит. по: р. 7).

В основе принципа господства права лежат ограничения государственного управления, основывающиеся на цели защиты прав, полагает автор. Причем это в равной степени верно и в международной, и во внутригосударственных правовых системах. Принцип «внутригосударственного» господства права и принцип международного господства права интегративно связаны именно через основополагающие ценности и нормы (защиту индивидуальных прав, свобод и равенства) (р. 5, 25).

Широкое понимание международного господства права начинает выглядеть как международный конституционализм. Последний также преследует цель – индивидуальные права и свободы, ограничивающие государственное управление (р. 8, 9).

Современное международное право устанавливает ограничения государственной власти в виде свода международного права прав человека. Многие соглашения были приняты здесь подавляющим числом государств, не встретив серьезных возражений. Хотя, конечно, между государствами сохраняются разногласия в отношении приоритета некоторых прав или толкования прав некоторыми инстанциями (р. 8).

Оценить значение каждого права человека в пределах принципа международного господства права невозможно. Автор полагает, что основополагающий элемент принципа господства права следует искать не в особой системе правовых правил, а в более абстрактной и фундаментальной конструкции – идее ограничения государственной власти, на основании противопоставления ей индивидуального права (р. 7).

Подобное понимание международного господства права позволяет увидеть, насколько авторитаризм укоренился в системе государственного управления. Так или иначе, авторитаризм стремится ограничить влияние инакомыслия на политические процессы, а также саботировать подотчетность государственного управления. Таким образом, ослабление защиты прав, основанных на нормах международного права, по определению приводит к деградации международного господства права (р. 5, 13).

Потенциальной слабостью такого подхода является то, что авторитарные государства тем не менее могут, к примеру, действовать в соответствии с нормами Всемирной торговой организации (ВТО), воздерживаться от противоправного применения силы, соблюдать соглашения в области защиты окружающей среды и т.п. (р. 7).

Исследования авторитарных режимов государственного управления часто страдают двумя пороками: 1) они стремятся сфокусироваться на характеристиках, процессах и институциональных особенностях управления; 2) не допускают свободного выбора, нетерпимого к публичной оппозиции, т.е. являются по сути «недемократичными» (р. 12).

Анализ стратегий и практики авторитарного управления позволяет автору утверждать, что если механизмы ограничения власти ослаблены или ликвидированы, государства приобретают возможность отступать от все большего числа прав, не страшась политических или правовых последствий (р. 11, 12).

В связи с этим исследователи авторитаризма выделяют три ключевых социальных института, подвергающихся давлению в целях консолидации власти: 1) независимость судебных органов, т.е. институциональные механизмы оценки актов этих органов государственной власти; 2) свобода выражения мнения и, в частности, свобода средств массовой информации; 3) свобода общественных объединений. Данные институты являются необходимыми элементами принципа господства права, они выступают критерием оценки степени укрепления или ослабления авторитаризма (р. 10, 13, 25).

Укрепление авторитаризма, деградация принципа господства права во внутригосударственных правовых системах не только подрывают прочность норм международного права в области прав человека, но ослабляет господство права в сферах безопасности, экономики, окружающей среды и т.д., которое часто рассматривается в числе компонентов международной системы, сформировавшейся после окончания Второй мировой войны (р. 5, 26).

Распространение авторитаризма остро ставит вопрос о мире и стабильности. Один из наиболее прочных эмпирических выводов в теории международных отношений заключается в том, что демократии не вступают в войну друг с другом (р. 25 – 26).

Автор приходит к выводу, что укрепление в мире модели авторитарного государственного управления оказывает деструктивное влияние на международное господство права, даже если определить такое состояние международной системы, как международный правовой порядок пост-холодной войны (р. 26).

Т.В. Захаров¹

¹ Захаров Т.В., научный сотрудник отдела правоповедения ИНИОН РАН.

МАРТИН РУБИО А.Д. ВРЕМЯ СОЗДАВАТЬ МИРОВУЮ КОНСТИТУЦИЮ? (Реф. ст.).

Ключевые слова: глобализация; международное конституционное право; международный правопорядок; мировая конституция; мировое правительство; национальная технократия; национальное государство.

MÁRTIN RUBIO Á.D. ¿Es hora de crear una Constitución mundial? // La razón histórica. Revista hispanoamericana de historia de las ideas. – Murcia, 2020. – N 46. – P. 77–83. (Article summary).

Keywords: globalization; international constitutional law; international legal order; world constitution; world government; national technocracy; national state.

Сотрудник Папского университета в Саламанке Анхел Давид Мартин Рубио размышляет над вопросом о том, как может измениться мир под влиянием пандемии, и как может быть реорганизован в связи с ней мировой порядок.

Статья является ответом автора на появившуюся в газете «Эль Паис» статью Браулио Гарсиа Хаена под названием «Глобальные кризисы требуют глобальных решений: Время создавать мировую конституцию?»¹ и развернувшееся обсуждение об инициативе группы философов и активистов: предложить норму, которая будет служить компасом для всех правительств, обеспечивая хорошее управление миром. С идеей всемирной конституции связана по сути и идея мирового правительства, обеспечивающего ее реализацию.

¹García Jaén B. Las crisis globales exigen soluciones globales: ¿es hora de crear una Constitución mundial? // El País. – Madrid, 2020. – 3-abril. – URL: <https://elpais.com/ideas/2020-04-03/las-crisis-mundiales-exigen-soluciones-globales-es-hora-de-crear-una-constitucion-de-la-tierra.html> (дата обращения: 01.10.2020).

Реакция общественности в чате газеты оказалась неоднозначной: одни участники разделили энтузиазм глобалистов, другие оценили инициативу как политическую чепуху, третьи участники обсуждения задали вполне резонные вопросы о том, зачем нужна всепланетарная конституция и высказали опасения, что она просто вызовет рост бюрократического аппарата; что будет, если какая-то страна не станет выполнять эту всемирную конституцию, как не всегда выполняются решения ООН; наконец, были участники, которые задумались над тем, какие конкретные положения в нее следовало бы включить Всемирным учредительным кортесам (всемирному парламенту).

А.Д. Мартин Рубио не ограничивается в своей статье дискуссией с одним автором, его внимание привлекают и другие публикации «Эль Паис» на эту тему, в частности интервью с известным итальянским юристом Луиджи Ферраджолли, в котором он достаточно резко выразился о защите «бессмысленного» суверенитета странами ЕС, в то время как, по его мнению, только Конституция Земли является единственным реальным способом противостоять возникающим глобальным, выходящим за рамки национальных границ проблемам, таким как пандемии или изменение климата. Кроме того, Л. Ферраджолли процитировал известное высказывание К. Шмитта из «Теологии политики» о том, что все основные концепции современной теории государства являются секуляризованными теологическими понятиями: всемогущий Бог заменен, например, всемогущим законодателем. Это высказывание представляется А.Д. Мартин Рубио несправедливым, поскольку именно церковь, по его точки зрения, является той организацией, которая давно признавала существование мирового сообщества и возможность появления глобального правительства. В связи с этим А.Д. Мартин Рубио пытается, опираясь на высказывания церковных иерархов найти соответствующий христианскому учению ответ на вопрос о роли национальных правительств и целесообразности реализации идеи мирового правительства и всемирной конституции в новых условиях, и, тем самым, внести вклад в ведущуюся на страницах этой популярной газеты дискуссию.

Поскольку автор поставил задачу изложить и защитить позицию католической церкви по вопросу о мировом правительстве

и всемирной конституции, он опирается на папские энциклики и высказывания глав католической церкви на различных официальных мероприятиях. В частности, он цитирует последнюю энциклику папы Иоанна XXIII «*Pacem in terris*» («Мир на Земле»), в которой особо отмечалась ценность ООН как организации, которая поставила своей главной целью сохранение и укрепление мира между народами, развитие между ними дружественных отношений на основе принципов равенства, взаимного уважения и многостороннего сотрудничества во всех областях жизни. А также подчеркивалось значение Всеобщей декларации прав человека. В ряде энциклик и выступлений других пап содержится призыв к созданию сильных и эффективно организованных международных органов на равной основе и свободного волеизъявления суверенных государств. Особенно в них подчеркивается принцип свободы при создании этих органов; участие в таких организациях не должно быть навязано силой. Кроме того, их деятельность должна служить всеобщему благу, и в этом случае в соответствии с христианским подходом они могут рассматриваться как богоугодные. Проблема международного порядка заключается не только в примирении суверенитета национальных государств с наднациональной властью, но в эффективном обеспечении того, чтобы высшей регулирующей нормой международного сообщества государств стало естественное право, а не простая сумма воли. Не отрицая значимости международных организаций, автор в сложившейся ситуации отдает предпочтение все-таки суверенным государствам.

Идея, что «глобальный кризис требует глобальных решений», использует, по его мнению, выявившуюся во время пандемии слабость инфраструктуры современных государств (энергетика, транспорт, снабжение продуктами питания и т.д.) и другие недостатки современного этапа развития человечества против идеи государственного суверенитета, в силу чего на первый план по значимости выдвигаются наднациональные решения, однако из этого опыта можно сделать и другой вывод, а именно о необходимости срочного анализа государствами сложившегося положения и разработки мер для того, чтобы адекватно реагировать в будущем. Национальные государства, по мнению автора, являются наиболее подходящей организацией для такого ответа на вызовы современности по сравнению с «наднациональными технократия-

*Реф. ст.: Мартин Рубио А.Д.
Время создавать мировую конституцию?*

ми» (р. 82). Наконец, он полагает, что укрепление национального суверенитета является важным условием процесса возрождения после пандемии, процесса, который должен иметь и многие другие последствия, в частности пересмотр систем политического представительства путем включения в государственные органы людей, исходя из их профессиональной квалификации, а не партийной принадлежности. Именно так, по мнению автора, можно будет построить международный порядок, основанный на участии суверенных государств, призванных присоединиться к подлинным международным союзам субсидиарного характера.

*Г.Н. Андреева*¹

¹ *Андреева Г.Н.*, ведущий научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, канд. юрид. наук, доцент.

Социальные и гуманитарные науки
Отечественная и зарубежная литература
Информационно-аналитический журнал
Серия 4

**ГОСУДАРСТВО
И
ПРАВО**
2021 № 2

Художник обложки и художественный редактор М.Б. Шнайдерман
Техническое редактирование
и компьютерная верстка В.Б. Сумерова
Корректор А. Чукаева

Гигиеническое заключение
№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999г.

Подписано к печати 27.04.2020

Формат 60×84/16	Бум. офсетная № 1
Печать офсетная	Цена свободная
Усл. печ. л. 15,25	Уч.-изд. л. 11,8
Тираж 300 экз.	Заказ № 17
(1–110 экз. – 1-й завод)	

**Институт научной информации
по общественным наукам Российской академии наук (ИНИОН РАН),**
Нахимовский проспект, д. 51/21,
Москва, 117418
<http://inion.ru>, https://instagram.com/books_inion

**Отдел маркетинга и распространения
информационных изданий**
Тел. : (925) 517-36-91, (499) 134-03-96
e-mail: shop@inion.ru

Отпечатано по гранкам ИНИОН РАН
ООО «Амирит»
410004, Саратовская обл., г. Саратов
ул. Чернышевского, д. 88, литера У

