

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 – 4**

Издается с 1974 года
Выходит 4 раза в год

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.00

Учредитель
Институт научной информации
по общественным наукам
Российской академии наук

Отдел правоведения

Редакционная коллегия серии «Государство и право»:

Е.В. Алферова – гл. ред., канд. юрид. наук (ИНИОН РАН), *Умнова-Колнухова И.А.* – зам. гл. ред., д-р юрид. наук, профессор (РГУП), *Е.Г. Афанасьева* – канд. юрид. наук, доцент (МГУ им. М.В. Ломоносова, ИНИОН РАН), *Л.В. Андриченко* – д-р юрид. наук, профессор (ИЗиСП при Правительстве РФ), *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. Красилов* – канд. юрид. наук, доцент (СГЮА), *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)

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 ЕВРОПЕЙСКОЙ СОЮЗ: КОНСТИТУЦИОННОЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИЗМЕРЕНИЯ: НОВЫЕ АКАДЕМИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

<i>Алферова Е.В.</i> Контуры конституционной демократии в контексте интеграционных процессов в Европейском союзе. (Обзор)	9
<i>Кравчук Н.В.</i> Критика конституционного плюрализма как теоретической основы взаимодействия государств в рамках Европейского союза. (Обзор)	22
<i>Шолтес Д.</i> Злоупотребление конституционной идентичностью. (Реф. ст.)	33
<i>Кравчук Н.В.</i> Суд Европейского союза: Нарастающий кризис легитимности. (Обзор).....	40
<i>Хепнер М., Шмидт С.</i> Сможем ли мы сделать европейские основные свободы менее сдерживающими? (Реф. ст.)	52
<i>Скурко Е.В.</i> «Мягкое право» Европейского союза: Некоторые вопросы его применения. (Обзор)	60
<i>Четвернина А.В.</i> Судебная и внесудебная защита в контексте многоуровневого административного пространства Европейского союза. (Обзор)	69
<i>Коданева С.И.</i> Общевропейская система предоставления убежища: Причины кризиса и его последствия для европейского конституционализма. (Обзор)	81
<i>Макдугалл П.</i> Место трудовых прав в экологической политике Европейского союза. (Реф. ст.)	92
<i>Коланджелло Дж., Торти В.</i> Авторское право, онлайн-публикации новостей и агрегаторы: Юридический и экономический анализ реформы Европейского союза. (Реф. ст.)	100

<i>Алешкова И.А.</i> Развитие правового регулирования вопросов, связанных с конфиденциальностью информации и защитой персональных данных в Европейском союзе. (Обзор)	111
<i>Хильдебрандт М.</i> Искусственный интеллект в праве Европейского союза. (Реф. ст.)	121
<i>Коркеа-Ахо Э.</i> Правовое лоббирование: Возрастающая (но скрытая) роль юристов и юридических фирм на рынке государственных услуг Европейского союза. (Реф. ст.)	128

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Коданева С.И.</i> Правовая глобализация и национальная безопасность России: Правовые инструменты ее обеспечения. (Обзор)	133
<i>Плигин В.Н.</i> Легитимность государства и права: Теоретико-правовое исследование. (Реф. кн.)	144
<i>Форан М.П.</i> Верховенство хорошего закона: Форма, содержание и основные права. (Реф. ст.)	148
<i>Скурко Е.В.</i> Рецензия на статью: Кольянезе К. Закон как козел отпущения	153
<i>Иванова А.П.</i> Правовая аргументация: Основные характеристики и стратегии рассуждения. (Обзор)	160

СУДЕБНОЕ ПРАВО И ПРАВОСУДИЕ

<i>Алешкова И.А.</i> Правосудие: Социально-правовой, институциональный и функциональный подходы. (Обзор)	170
<i>Лессард М.</i> Динамический подход судов к диахронической целостности законодательства. (Реф. ст.)	178
<i>Генн Х.</i> Когда закон полезен для вашего здоровья: Смягчение социальных детерминант здоровья через доступ к правосудию. (Реф. ст.)	183
<i>Джико И.Т.</i> Трагедия судебной системы: Исследование экономической природы права и судов. (Реф. ст.)	188

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

<i>Иванова А.П.</i> Загадки цифровой собственности: Новые формы выражения результатов интеллектуальной деятельности в цифровую эпоху. (Обзор)	195
Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. (Реф. кн.)	204
<i>Банкер М.</i> Реальность кусается: Пределы защиты интеллектуальной собственности применительно к телевизионным реалити-шоу. (Реф. ст.)	208
<i>Чжу Даньнин.</i> Как улучшить китайский подход к параллельному импорту товаров, снабженных товарными знаками. (Реф. ст.)	214

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Захаров Т.В.</i> Трансформации территориальной юрисдикции государств: Конституционализация глобальной цифровой экосистемы. (Обзор)	220
<i>Захаров Т.В.</i> Цифровые технологии в создании и применении международного права. (Обзор)	231

CONTENTS

ISSUE THEME: THE EUROPEAN UNION: CONSTITUTIONAL AND INSTITUTIONAL-LEGAL DIMENSIONS: NEW ACADEMIC RESEARCH

<i>Alferova E.V.</i> The contours of constitutional democracy in the context of integration processes in the European Union. (Review)	9
<i>Kravchuk N.V.</i> Critique of constitutional pluralism as theoretical basis of interstate cooperation in European Union. (Review)	22
<i>Scholtes J.</i> Abusing constitutional identity. (Article summary)	33
<i>Kravchuk N.V.</i> The EU Court of Justice: The growing crisis of legitimacy. (Review).....	40
<i>Höpner M., Schmidt S.K.</i> Can we make the European fundamental freedoms less constraining? A literature review. (Article summary)	52
<i>Skurko E.V.</i> «Soft law» of the European Union: Some issues of its application (Review)	60
<i>Chetvernina A.V.</i> Judicial and non-judicial protection in the context of the multi-level administrative space of the European Union (Review)	69
<i>Kodaneva S.I.</i> Common European asylum system: The causes of the crisis and its consequences for european constitutionalism. (Review)	81
<i>McDougall P.</i> The Place of labor rights in the European Union's environmental policies. (Article summary)	92
<i>Colangelo G., Torti V.</i> Copyright, online news publishing and aggregators: a law and economics analysis of the EU reform. (Article summary)	100

<i>Aleshkova I.A.</i> Development of legal regulation of issues related to information confidentiality and personal data protection in the European Union. (Review)	111
<i>Hildebrandt M.</i> The Artificial intelligence of European Union law. (Article summary)	121
<i>Korkea-aho E.</i> Legal lobbying: the evolving (but hidden) role of lawyers and law firms in the EU public affairs market. (Article summary)	128

THEORY OF STATE AND LAW

<i>Kodaneva S.I.</i> Legal globalization and national security of Russia: Legal instruments for its provision. (Review)	133
<i>Pligin V.N.</i> The legitimacy of the state and law: A theoretical and legal study. (Ref. book)	144
<i>Foran M.P.</i> The rule of good law: Form, substance and fundamental rights. (Article summary)	148
<i>Skurko E.V.</i> Review of the article: Coglianese C. Law as scapegoat	153
<i>Ivanova A.P.</i> Legal reasoning: The main characteristics and strategies of reasoning. (Review)	160

JUDICIAL POWER AND JUSTICE

<i>Aleshkova I.A.</i> Justice: Socio-legal, institutional and integrative approaches. (Review)	170
<i>Lessard M.A.</i> Dynamic judicial approach to diachronic legislative integrity. (Article summary)	178
<i>Genn H.</i> When law is good for your health: Mitigating the social determinants of health through access to justice. (Article summary)	183
<i>Gico I.T.</i> The tragedy of the judiciary: An inquiry into the economic nature of law and courts. (Article summary)	188

INTELLECTUAL PROPERTY LAW

<i>Ivanova A.P.</i> The mysteries of digital property: New forms of expression of the results of intellectual activity in the digital age. (Review)	195
The law of the future: Intellectual property, innovation, the Internet. (Ref. of the yearbook)	204
<i>Bunker M.</i> Reality bites: The limits of intellectual property protection for reality television shows. (Article summary)	208
<i>Zhu Danning.</i> How to Improve China's approach to parallel imports of goods bearing trademarks. (Article summary)	214

INTERNATIONAL LAW

<i>Zakharov T.V.</i> Transformations of the territorial jurisdiction of states: Constitutionalization of the global digital ecosystem. (Review)	220
<i>Zakharov T.V.</i> Digital technologies in the creation and application of international law. (Review)	231

ТЕМА НОМЕРА¹
ЕВРОПЕЙСКОЙ СОЮЗ: КОНСТИТУЦИОННОЕ
И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНО-ПРАВОВОЕ
ИЗМЕРЕНИЯ:
НОВЫЕ АКАДЕМИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

УДК 342, 34.01

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.01

АЛФЕРОВА Е.В.² КОНТУРЫ КОНСТИТУЦИОННОЙ ДЕМОКРАТИИ В КОНТЕКСТЕ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре представлены различные точки зрения авторов трех новых монографий зарубежных ученых – Дитера

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

Захаров Т.В. Трансформации территориальной юрисдикции государств: конституционализация глобальной цифровой экосистемы. (Обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература.: ИАЖ. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 4. – С. ... DOI: ...

Власов Г.Д. [Реф.] // Социальные и гуманитарные науки : Отечественная и зарубежная литература : ИАЖ. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 4. – С. ... Реф. ст.: Банкер М. [Bunker M.] Реальность кусается: Пределы защиты интеллектуальной собственности применительно к телевизионным реалити-шоу = The limits of intellectual property protection for reality television shows // UCLA Entertainment law review. – 2019. – Vol. 26, N 1. – P. 1–17. – (Article summary). – DOI: ...

Скурко Е.В. [Рецензия] // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература : ИАЖ. Сер. 4: Государство и право. – 2021. – № 4. – С. ... Рец. на ст.: Коглианезе К. [Coglianese C.] Закон как козел отпущения = Law as scapegoat // Public law research paper / Univ. of Pennsylvania Law School. – 2020. – P. 1–25. – (Article review). – DOI: ...

² Алферова Е.В., ведущий научный сотрудник, зав. отделом правопведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Гримма, Афанасиоса Псигкаса и Туркулер Исиксель – на такие явления, как конституционализм и административная демократия в контексте кризиса европейской интеграции. Ключевые позиции авторов этих книг интерпретируются профессором факультета права Копенгагенского университета Я. Камареком.

Ключевые слова: Европейский союз, конституционализм; демократия; европейская интеграция.

ALFEROVA E.V. The contours of constitutional democracy in the context of integration processes in the European Union. (Review).

Abstract. The review presents different points of view of the authors of three new monographs by foreign scientists – Dieter Grimm, Athanasios Psigkas and Turkuler Isiksel – on such phenomena as constitutionalism and administrative democracy in the context of the crisis of European integration. The key positions of the authors of these books are interpreted by Professor J. Kamarek of the Faculty of Law of the University of Copenhagen.

Keywords: European Union; constitutionalism; democracy; European integration.

Конституционной демократии, конституционализации и интеграции Европейского союза посвящено много исследований. В данном обзоре остановимся на трех, названных в аннотации монографиях. Подбор этих книг для обзора – заслуга Я. Комарека, профессора факультета права Копенгагенского университета, проанализировавшего их содержание и точки зрения авторов. Мы сочли возможным кратко воспроизвести этот интересный, глубокий и критический обзор, который, полагаем, позволит российским ученым – специалистам в области европейского права ознакомиться с позициями некоторых зарубежных исследователей по указанной теме. Монографии, включенные в обзор, отличает то, что в них по-разному рассматривается один и тот же вопрос: кризис легитимности европейской интеграции и ее доминирующей сегодня формы – Европейский союз (ЕС). Если центральную проблему ЕС Дитер Гримм, известный немецкий ученый, профессор права в Берлинском университете Гумбольдта и Йельской юридической школе, видит в «сверхконституционализации» ЕС, то Афанасиос Псигкас из школы права Бристольского университета – в админи-

стративной стороне управления ЕС, а Туркулер Исиксель, доктор философии, доцент кафедры политической теории Колумбийского университета, – в «конституционализме за пределами государства».

Главная проблема конституционной демократии в ЕС, по мнению Д. Гримма, заключается в отсутствии подконтрольности органов управления ЕС. Прямо противоположного мнения придерживается А. Псигкас. Он рассматривает ЕС как структуру, которая фактически может улучшить демократические полномочия государств-членов. В центре внимания Т. Исиксель – вопрос о возможности применения стандартов конституционализма за пределами государства. Книгу этого автора Я. Комарек считает самой новаторской из названных трех; в ней она пытается переосмыслить понятие законной конституционной власти и показать, какими могут быть стандарты конституционализма» [3, р. 4–5].

Остановимся подробнее на каждой из названных выше книг. Есть ли альтернативы государственному конституционализму – ключевой вопрос, рассмотрению которого посвящена в основном монография Дитера Гримма, включающая 12 глав. Их объединяет скептицизм автора относительно возможного установления демократического конституционализма в Евросоюзе. С точки зрения Д. Гримма:

– государства – члены ЕС являются основными единицами демократического правления; ЕС и его институты никогда не смогут заменить их; легитимность ЕС зависит от его государств-членов;

– реальная проблема демократии ЕС заключается в автономии его исполнительных и судебных институтов по отношению к его политическим институтам и волеизъявлению государств-членов. В связи с этим ЕС является «сверхконституционным» образованием, и Суд Европейского союза (European Court of Justice, ECJ) (далее – Суд ЕС) – главный виновник этого явления [1, р. 12];

Оксфордский университет – издатель электронной книги Д. Гримма, представил содержание и краткую аннотацию этого труда, которые могут заинтересовать читателя [5].

Глава 1 «Европа, да – но какая Европа?» («Europe, Yes – But Which Europe?»). В этой части книги автор предполагает, что Европейский союз перерос первоначальное Экономическое сообще-

ство, но каким он должен стать в конечном итоге, неясно. Прежде всего он объясняет, как Европейское экономическое сообщество, предшественник ЕС, стало единственным, наднациональным образованием где-то между международной организацией и федеративным государством. Затем автор характеризует Маастрихтский договор 1992 г. и рассуждает о том, как проблема демократии в ЕС усугубляется разрывом между властью принимать решения и подотчетностью; и прослеживает роль Суда ЕС в процессе экономической интеграции и толкования им европейских договоров. В главе также обсуждаются предложения по институциональной реформе ЕС, касающиеся, например, расширения представительства граждан ЕС в Европейском парламенте и устройства ЕС, признанное большинством его граждан и др.

Глава 2 «О дефиците легитимности и легитимности ресурсов Европейского союза» («On the Legitimacy Deficit and the Legitimacy Resources of the European Union»). В ней утверждается, что ЕС страдает от дефицита легитимности, и объясняется, как Союз может добиться признания со стороны своих граждан. Автор рассматривает различные предложения, направленные на сближение ЕС с его гражданами, включая полную парламентаризацию ЕС. По мнению Д. Гримма, во-первых, Европейский парламент должен быть ближе к общественности; во-вторых, должны быть более четкие ограничения на коммунализацию; в-третьих, решения со значительными политическими последствиями должны быть повторно рассмотрены и, соответственно, сделаны правильные выводы из уже имевшей место конституционализации.

Глава 3 «Суверенитет в Европе» («Sovereignty in Europe»). В этой главе Д. Гримм рассматривает вопрос о том, кто является суверенным в отношениях между ЕС и его государствами-членами, анализирует дискуссию о суверенитете в ЕС и развитии концепции суверенитета. При этом акцент делается на публичные полномочия, формирующие сущность суверенитета, теорию двойного суверенитета Юргена Хабермаса и соответствующие положения Лиссабонского договора. Затем Д. Гримм рассуждает о том, следует ли поддерживать концепцию суверенитета или признать, что началась эпоха постсуверенитета. Он утверждает, что имеет смысл обратиться к вопросу о том, кто является суверенным в ЕС,

предполагая, что ответ на него определит будущий курс европейской интеграции.

В главе 4 «О демократической легитимности статуса ЕС после Лиссабона» («On the Status of the EU's Democratic Legitimacy after Lisbon» Д. Гримм исследует демократическую легитимность правового положения ЕС после Лиссабонского договора, т.е. Договора, который формирует правовую основу функционирования ЕС, а также анализирует решение Федерального конституционного суда Германии 2009 г., в котором утверждается, что немецкий закон, ратифицирующий Договор, совместим с Основным законом ФРГ. Одной из заявленных целей этого Договора является укрепление европейской демократии. Сначала автор рассматривает уровни создания и организации европейской публичной власти, ее осуществления, далее рассуждает о роли Европарламента в принятии решений и ограничении этой возможности; ищет ответ на вопрос: верно ли представление о том, что ЕС является демократически несовершенным, предполагая, что необходимая степень демократизации в ЕС зависит от объема его полномочий и степени его автономии от государств-членов.

Глава 5 «Демократические издержки конституционализации – европейский случай» («The Democratic Costs of Constitutionalization – The European Case»). Прежде чем говорить о том, как конституционализация может поставить демократию под угрозу, автор анализирует взаимозависимость демократии и конституционализма. Затем он исследует проблему напряженности между демократией и основными правами, вопрос конституционализации европейских договоров, а также анализирует два решения Европейского суда, касающихся взаимосвязи между европейским правом и национальным правом государств – членов ЕС. Здесь автор оценивает влияние судебной практики Суда ЕС на демократию, особенно в области экономической интеграции.

Глава 6 «Причина дефицита европейской демократии ищут не в том месте» («The Cause of the European Democracy Deficit is Sought in the Wrong Place»). В этой главе автор рассматривает предложение о том, что усиление влияния Европарламента может решить проблему легитимности ЕС. Сначала он анализирует аргумент о предоставлении Европарламенту полномочий, которыми обычно пользуются национальные парламенты, что позволит ЕС

обрести демократическую легитимность. Затем поднимает проблему важности полного учета таких стандартов, как представительство, при условии, что при расширении полномочий Европарламента, последний выполнит свои обещания, и рассматривается тенденции либерализации судебной практики Суда ЕС. Евросоюз, считает автор, должен развивать собственный интерес к сильной демократии в государствах-членах, а не подрывать ее. Д. Гримм призывает положить конец отрыву Европейской комиссии и Суда ЕС от демократических процессов в ЕС и государствах-членах.

Глава 7 «Необходимость европеизированных выборов и партий» (The Necessity of Europeanized Election sand Parties»). В центре внимания автора вопрос европеизации выборов и политических партий. В настоящее время 13 партий пользуются статусом европейской партии в соответствии со ст. 10 Договора о функционировании ЕС (TEU), большинство из них являются идеологическими единомышленниками. В этой главе рассматривается специфика системы выборов на уровне ЕС и конкретно в Европейском парламенте. Автор сравнивает евродемократию с национальной демократией и характеризует полномочия Европарламента по участию в европейском законодательстве.

Глава 8 «Значение национальных конституций в объединенной Европе» («The Significance of National Constitutions in a United Europe»). Здесь в центре внимания Д. Гримма национальные конституции государств – членов ЕС и их роль в интеграционном процессе в ЕС. Автор рассматривает возникновение наднациональной суверенной власти; выявляет различие между правовой основой ЕС, которую составляют учредительные договоры, и конституциями государств-членов; прослеживает влияние этих национальных конституций на первичное европейское право и европейское законодательство, а также анализирует постановление Суда ЕС о верховенстве европейского права над национальным правом при его применении и оговорки национальных конституционных судов о верховенстве европейского права.

Глава 9 «Роль национальных парламентов в Европейском союзе» («The Role of National Parliaments in the European Union). В этой главе раскрывается роль национальных парламентов в ЕС и общая тенденция к депарламентации в ЕС. Автор выделяет три отдельных этапа, в которых национальные парламенты выполняют

различные функции: 1) передача суверенных прав от государств-членов Евросоюзу; 2) реализация делегированных прав институтами ЕС; 3) исполнение европейских решений государствами-членами. Здесь автор пытается ответить на вопрос: способен ли Европарламент компенсировать на европейском уровне эрозию законодательной власти на национальном уровне. В связи с этим обсуждается предложение наделить Европарламент полномочиями, которыми обычно обладают национальные парламенты, в качестве варианта преодоления кризиса легитимности ЕС.

Глава 10 «Роль национальных конституционных судов в развитии европейской демократии» (*The Role of National Constitutional Courts in European Democracy*). Здесь Д. Гримм анализирует решения национальных конституционных судов государств – членов ЕС с акцентом на требования, которые они предъявляют к национальным институтам, и последствия этих требований на договорном уровне. Речь идет о передаче государствами-членами национальных полномочий Евросоюзу и их осуществлении на уровне ЕС, а также об имплементации европейского права в рамках национальных правовых систем. Обсуждается функционирование Европейского суда и его роль в реализации европейских договоров; о структуре и функциях европейского первичного права. Автор считает, что демократическая легитимность, придаваемая решениям ЕС его гражданами, может развиваться только в рамках полномочий Европейского парламента.

В *главе 11* «Комментарии к Лиссабонскому решению Федерального Конституционного суда» («*Comments on the Lisbon Judgment of the Federal Constitutional Court*») рассматривается роль Основного закона Германии в предотвращении трансформации ЕС в государство; обсуждаются решения Федерального конституционного суда Германии (*Bundesverfassungsgericht*) 2009 г. о совместности Лиссабонского договора с этим Основным законом.

Глава 12 «Европе нужны принципы, а не прагматизм» (*Europe Needs Principles, Not Pragmatism*). Д. Гримм, рассуждая о европейской государственности, утверждает, что Евросоюзу необходим здесь не прагматизм, а большая ориентация на универсальные принципы и разъяснение последствий их реализации. Должен ли ЕС стать Соединенными Штатами Европы или должен остаться сообществом государств-членов, которые объединяются для до-

стижения конкретных целей, которые лучше решать вместе? По его мнению, нельзя конструировать институциональную структуру ЕС по модели национального государства. В связи с этим он предлагает отложить на более поздний срок вопрос о европейской государственности.

Таким образом, можно констатировать, что Д. Гримм убежден в том, что постоянную и центральную роль в ЕС выполняют национальные государства и их демократические конституции, свою легитимность ЕС получает от народного суверенитета. Национальное государство по сравнению с ЕС, по Гримму, является гораздо более развитой формой политической организации, которую «ЕС не сможет достичь (по крайней мере, в обозримом будущем). ЕС опирается на легитимацию, которая исходит от государств-членов, которые являются более демократическими» [1, р. VII].

Он отвергает идею известного немецкого ученого-философа Ю. Хабермаса о двойном суверенитете ЕС, согласно которой европейские граждане могут действовать в двойном качестве – как таковые и в то же время оставаться гражданами своих государств. Д. Гримм считает, что европейские граждане не участвуют в процессе внесения поправок в Договор о функционировании ЕС (TEU) (ст. 48 Договора), и поэтому «учредительная власть ЕС остается в руках государств-членов» [1, р. 51]. Отсюда следующий его вывод: «законным принципом Договора является не народный суверенитет, а скорее государственный суверенитет» [1, р. 60].

Центральная роль государств видится Д. Гримму «в препятствовании Евросоюзу, постоянно понижающему политическое влияние государств-членов и их демократических структур и процессов» [1, р. 56]. Вместе с тем это не означает, что легитимность ЕС зависит только от национальных институтов. По его мнению, она опирается на два столпа: один внешний, «основанный на демократически избранных и подотчетных правительствах государств-членов», другой – внутренний, который «зиждется на Европейском парламенте, избранном гражданами ЕС» [1, р. 17]. Однако «эти две опоры не одинаково прочны. Поток легитимности от государств-членов значительно сильнее, отчасти потому, что Совет обладает более значительными полномочиями, отчасти по-

тому, что условия для жизни, а не только формальной демократии в государствах-членах, гораздо более перспективны, чем в Евросоюзе» (там же).

Ключевую проблему демократической легитимности Д. Гримм видит в «зияющем разрыве между властью принимать решения и подотчетностью» [1, р. 11]. Это утверждение касается двух наиболее автономных учреждений ЕС – Комиссии и Суда ЕС. С точки зрения Д. Гримма, центральной проблемой ЕС является то, что учредительные договоры стали «сверхконституционными» актами. Однако он не призывает отказаться от конституционализации, но предлагает сделать надлежащие выводы из этого процесса [1, р. 31].

В целях изменения политического процесса в ЕС, указывает Д. Гримм, необходимо:

1) пересмотреть учредительные договоры и ряд их «неконституционных» положений отнести к обычному праву. При этом эти нормы могут быть конкретизированы законодательством государств – членов ЕС [1, р. 18, 36];

2) составить перечень полномочий структур ЕС с учетом сфер компетенции государств-членов, даже если при определенных условиях эти области затрагивают Общий рынок [1, р. 35, 114];

3) следовать формуле: «интересы избирателей должны отражаться на европейских выборах и питать европейскую политику принятия решений в Брюсселе» [там же].

Один из ответов Д. Гримму, отдающему предпочтение государствам – членам ЕС и их демократическим институтам, содержится в книге Афанасиоса Псигкаса «От “демократического дефицита” к “демократическому избытку”»: Построение административной демократии в Европе» [4]. Суть этого ответа, заключаться в том, что мандаты ЕС повысили демократическую подотчетность национальных регулирующих органов, а законодательство ЕС открыло возможность для участия заинтересованных сторон в деятельности национальных регулирующих органов [4, р. 5]. Принимая участие в управлении ЕС, государства-члены становятся более демократичными, а не менее, утверждает А. Псигкас. Вместе с тем он выдвигает три версии демократического дефицита в ЕС. Первая связана с принятием и реализацией политики ЕС, которая, с его

позиции, должны быть узаконена через демократически избранный Европейский парламент» [цит. по: 3, р. 14]. Вторая – с демократической легитимностью ЕС; она исходит от государств-членов. Как только эти государства утрачивают свое право вето в Совете в связи с ростом квалифицированного большинства голосов, их национальные парламенты также теряют контроль, и цепь легитимности разрывается [там же]. Третья версия заключается в том, «...что в то время как политический потенциал государств-членов ослабляется, сам ЕС отстает от государств-членов в области социальной защиты» [цит. по: 3, р. 15]. Эта озабоченность автор связывает не с демократическими *процессами*, а скорее с отсутствием *существенных политических результатов*, обусловленных конкретной повесткой дня. Это «означает неспособность институциональной инфраструктуры обеспечить демократическое состязание, которое привело бы к принятию той или иной основной политической повестки дня» [там же]. Как отмечает в своем обзоре Я. Комарек, А. Псигкас рассматривает эту версию демократического дефицита по существу первой, причем обе они применяют «стандарты, разработанные аналогичными национальными институтами в рамках мажоритарной, “вестминстерской” модели демократии. Главная задача его книги – представить альтернативную модель, основанную на хабермасской модели “совещательно-партиципативной демократии”» [3, р. 15–16]. В интерпретации Ю. Хабермаса, указывает А. Псигкас, гражданское общество обеспечивает социальную опору автономной общественности. Его интегративная сила, проявляющаяся в солидарности, должна развиваться путем расширения сфер автономной общественной деятельности, а также на основе юридически закрепленных процедур демократического обсуждения и принятия решений. «Общественное мнение, которое через демократические процедуры преобразуется в коммуникативную власть, само по себе не может “править”, а может лишь нацеливать административную власть на определенные направления» [цит. по: 3, р. 16].

В целом книга А. Псигкаса, с точки зрения Я. Комарека, содержит интересный анализ легитимности административного государства. Однако экстраполировать легитимность на весь ЕС или выдвигать аргументы о демократии – вопрос, до решения которого еще далеко [3, р. 16]. Во-первых, есть общий аргумент против то-

го, какую демократию А. Псигкас представляет, как идеал. Это – совещательная демократия, рассматриваемая в контексте технократического регулирования. Во-вторых, и это важно, его исследование касается *политики регулирования*, где ставки легитимации намного ниже (например, это касается различных технических стандартов в телекоммуникационном секторе), чем, когда возникает потребность решить политический вопрос. Трудно понять из рассуждений А. Псигаса, как та же модель может работать в посткризисной Европе, где даже ранее технические и экспертные вопросы (такие как денежно-кредитная политика) политизировались и оспаривались? [3, р. 17].

Третья рассматриваемая книга – «Функциональная конституция Европы: Теория конституционализма вне государства» [2]. Ее автор – Т. Исиксель, критикует центральное положение Д. Гримма и предлагает свою теорию конституционализма, действующую вне пределов государства, которую пытается применить к ЕС в качестве теста [там же]. В то же время она не ограничивает демократию прозрачностью и подотчетностью и задает сложные вопросы о том, какую политику ЕС помогает поддерживать государствам-членам, «будучи связанным с этими государствами общей валютой, коммерческой и капитальной мобильностью, либерализацией рынка и политикой конкуренции» [там же].

Для того чтобы сформулировать новый взгляд на конституционную власть, Т. Исиксель применяет метод «рефлексивной перестройки», в соответствии с которым концепция конституционализма и содержащиеся в ней ценности служат обоснованием для оценки (и потенциально) критики практики конституционного правления, в то время как та же самая практика может привести к изменению самой этой концепции [там же]. Эта практика показывает, что большинство дискуссий о конституционной власти по-прежнему сосредоточены на двух центральных принципах: личной свободе и народном суверенитете. Евросоюз, по ее словам, «создал качественно отличную форму конституционной практики, которая отличается функционализмом, и, можно сказать, эффективностью» [2].

Т. Исиксель пытается представить общую *трилемму конституционной власти*. По ее мнению, конституционная система должна оцениваться не только с точки зрения того, насколько хо-

рошо она защищает индивидуальную автономию и допускает коллективное самоуправление (1), но также с позиции того, насколько хорошо она может реализовать эти обязательства (2) и обеспечить эффективное правительство (3) [2].

Евросоюз уникален тем, что этот третий принцип конституционной власти – «обеспечить эффективное правительство» – доминирует над двумя другими, которые остаются относительно слабо развитыми. Кроме того, функционализм ЕС фокусируется только на одной цели: обеспечение рынка, несмотря на другие цели и компетенции.

С точки зрения Я. Комарека, главная двусмысленность книги Т. Исиксель заключается в том, что, с одной стороны, она хочет доказать, что за пределами государства могут существовать новые формы конституционного правления и что ЕС может воплощать одну из них. Для обоснования этой идеи она предлагает свою концептуальную перестройку «основных понятий, лежащих в основе конституционной власти», включая «функционализм». С другой стороны, если все три указанные элемента конституционной власти должны быть достигнуты одновременно, но в то же время этого невозможно добиться (отсюда трилемма) – тогда ЕС явно не проходит испытание, и это позволяет предполагать, что на самом деле невозможно применить идею конституционализма к формам политического устройства, отличным от государства [3, p. 20].

Подытоживая точки зрения Д. Гримма, А. Псиггаса и Т. Исиксель, Я. Комарек разделяет пессимистический взгляд профессора публичного права Мартина Лахлина на современные системы национальных государств. Суть этой позиции в том, что: «... до сих пор никому не удалось набросать альтернативу, которая соответствовала бы изощренности и чистой творческой силе современного государственного дискурса»¹.

Список литературы

1. Grimm D. The Constitution of European democracy. – Oxford, 2017. – X + 251 p.
2. Isiksel T. Europe's functional constitution: A Theory of Constitutionalism beyond the State. – Oxford, 2016. – XXVI + 265 p.

¹ См.: Loughlin M. The state: *Conditio sine qua non* // International journal of constitutional law. – 2018. – N 16. – P. 1156–1163.

***Конституционная демократия: Интеграционный облик
Европейского союза***

3. Komárek J. Rethinking constitutionalism and democracy... again? : Review // International journal of constitutional law. – 2019. – Vol. 17, N 3. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3489156 (дата обращения: 20.06.2021).
4. Psygkas A. From the «democratic deficit» to a «democratic surplus»: Constructing administrative democracy in Europe. – Oxford, 2017. – Xviii+351 p.;
5. The Constitution of European democracy (eBook D. Grimm). – URL: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198805120.001.0001/oso-9780198805120> (дата обращения: 20.06.2021).

КРАВЧУК Н.В.¹ КРИТИКА КОНСТИТУЦИОННОГО ПЛЮРАЛИЗМА КАК ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ОСНОВЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ГОСУДАРСТВ В РАМКАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. (Обзор).

Аннотация. В обзоре рассматривается теория конституционного плюрализма и возможность ее использования в качестве основы интеграционного процесса в ЕС. Сомнения в этом появились после брексита и нескольких случаев использования теории авторитарными режимами. Сторонники теории отмечают, что ее использование в целях оправдания антидемократических действий нелегитимно поскольку противоречит философской сути концепции.

Ключевые слова: Европейский союз; конституционный плюрализм; конституциональная идентичность; авторитарность; суверенитет; брексит; Польша; Венгрия; Федеральный конституционный суд Германии.

KRAVCHUK N.V. Critique of constitutional pluralism as theoretical basis of interstate cooperation in European Union. (Review).

Abstract. The review considers the theory of constitutional pluralism and possibility to use it as a basis for the EC integration process. Doubts in this appeared after brexit and cases of exploitation of the theory by authoritarian regimes. Supporters of constitutional pluralism claim its use for the aim of anti-democratic is not legitimate as it is contrary to its philosophical foundations.

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

Keywords: European Union; constitutional pluralism; constitutional identity; authoritarianism; sovereignty; brexit; Poland; Hungary; German Federal Constitutional Court.

Выход Великобритании из состава Европейского союза породил сомнения в возможности дальнейшего существования этого интеграционного объединения. В частности, под вопрос ставится теоретическая основа европейской интеграции – конституционный плюрализм. Сомнения в данной теории подогреваются и тем, что она активно используется как высшими судами отдельных стран, так и их исполнительной властью, для оправдания отступления от норм ЕС. Авторы статей, положенных в основу данного обзора, рассуждают о возможности и необходимости отказа от этой концепции.

Кормак Амлэйф из Университета Эдинбурга рассматривает вопрос актуальности конституционного плюрализма в контексте брексита. Это событие стало значительным как для Великобритании, так и для ЕС, поскольку ни одно государство, тем более такое могущественное, с экономической и военной точек зрения, не покидало его ранее. В связи с этим, по сути, возникает вопрос о жизнеспособности ЕС как межгосударственного образования.

Идея конституционного плюрализма заключается в отказе от иерархической системы в пользу гетерархического взаимодействия между системами. В этом контексте брексит представляется «откатом» назад к классической Вестфальской системе мира, в которой государства были единственными обладателями власти над своей территорией, а иные нормы, созданные наднациональными организациями, такими как ЕС, действовали лишь при условии их признания государством. Последствия выхода Великобритании из ЕС, помимо прочего, включают в себя расширение дискурса об отказе от двойственности «пост-суверенного» конституционного плюрализма и утверждения федерализма ЕС [1, р. 42]. Автор не согласен с таким подходом, поскольку именно конституционный плюрализм, с его точки зрения, наилучшим образом подходит для характеристики отношений между ЕС и Великобританией как до, так и после брексита.

Анализ решений Верховного суда Великобритании показывает специфический статус права ЕС в устройстве этой страны.

Наименее подходит для описания этого статуса монизм. В рамках монистических взаимоотношений, при наличии конфликта, право Великобритании всегда было бы подчинено праву ЕС, его законность была бы основана не на доктрине парламентского суверенитета, а на правопорядке ЕС. Такое толкование приближено к толкованию, данному изначальными «конституционализирующими» решениями Суда Европейского союза (Суд ЕС), и могло бы служить обоснованием прямого действия и приоритета права ЕС. Однако, хотя Суд ЕС заявлял, что «специальная и первичная» (*special and original*) природа права ЕС неизбежно влечет за собой его прямое действие и примат, он никогда не утверждал, что национальное право основывается на праве ЕС. Более того, как показывает анализ решений Верховного суда Великобритании, право ЕС действует в Великобритании в силу акта Парламента, а не своей природы. Более того, возможны ситуации, когда приоритет права ЕС неприменим [1, р. 48].

Дуализм, согласно которому две системы права являются обособленными, хотя и взаимодействующими, причем каждая из них обладает верховенством, действуя в собственной среде, является теорией, более подходящей для описания взаимоотношений между ЕС и Великобританией, нежели монизм. К примеру, подтвержденная Верховным судом идея о том, что право ЕС действует в Великобритании в силу ее конституционного порядка и, в частности, Акта о Европейских сообществах 1972 г. (*European Communities Act 1972*), явно передает дуалистский настрой. Однако и дуализм не является идеальным объяснением специфического статуса права ЕС. В соответствии с этой теорией, полномочия должны полностью принадлежать конкретной системе. Между тем, в деле *Miller* Верховный суд признал, что право ЕС есть «независимый и имеющий преимущественную юридическую силу» источник права. Кроме того, согласно дуалистической теории, любой конфликт разрешался бы в пользу конвенционального конституционного права Великобритании, в частности, доктрины парламентского суверенитета, в ее понимании, включающем в себя доктрину автоматической утраты силы (*implied repeal*). Однако решение по делу *Factortame* свидетельствует о том, что такие конфликты часто, и даже преимущественно, разрешаются в пользу права ЕС [1, р. 48].

В отличие от монизма и дуализма, конституционный плюрализм отрицает универсальное главенство одной системы над другой, скорее, две системы взаимодействуют без прямого оспаривания полномочий друг друга. Этот подход как нельзя более удачно подходит для объяснения отношений между Великобританией и ЕС, в том числе и после брексита. «Живое» право ЕС, выработанное институтами ЕС, включая Суд ЕС, по вопросам, затронутым Законом о выходе из Евросоюза (European Union Withdrawal Act), как во время переходного периода, так и после него, будет представлять собой своего рода «теневое руководство» по толкованию и применению права, связанного с ЕС. Это естественное последствие сохранения Великобританией за собой действующего права ЕС при выходе из Союза. Учитывая то, как сформулирована связь между судами ЕС и судами Великобритании в этом Законе, можно ожидать, что это «теневое руководство» будет в обозримом будущем активно применяться судами. Как указано в этом Законе, «суды могут учитывать решения институтов ЕС, если они имеют отношение к любому вопросу, находящемуся на рассмотрении суда». Конечно, многое зависит от того, как это положение будет истолковано, но опыт толкования Закона о правах человека 1998 г. (Human Rights Act) говорит о том, что толкование будет широким. С позиции конституционного плюрализма это положение важно тем, что устанавливает тесную связь между судами двух юрисдикций [1, p. 54]. Получается, что, несмотря на формальный разрыв связи между судами ЕС и судами Великобритании, Brexit содействовал еще большей плюрализации отношений между ними.

Что же касается последствий брексита для ЕС, то, по мнению К. Амлэйфа, вопрос о траектории интеграции может быть решен в пользу более глубокой интеграции, которая облегчается тем, что Союз покинул самый «странный» участник. Это повлечет за собой отказ от использования доктрины конституционного плюрализма в качестве основы интеграционного процесса ЕС. К возможности такого развития событий стоит, однако, относиться с осторожностью. Во-первых, неочевидно, что всплеск поддержки ЕС как общности можно расценивать как стремление к федерации. Во-вторых, если устойчивая гражданская поддержка ЕС выльется в демократизацию управления на уровне ЕС, информированные и вовлеченные граждане могут потребовать передачи некоторой ча-

сти полномочий «из центра» государствам-членам. Как и в любой многоуровневой системе управления, в ЕС мы можем ожидать появление споров относительно того, как именно следует разрешать противоречия между политической идентичностью и приемлемыми уровнями управления. В этом случае именно конституционный плюрализм, дающий возможность стабилизировать и усилить автономию ЕС, не подвергая при этом сомнению политические сообщества его членов, мог бы стать руководящим принципом реформы ЕС [1, р. 57].

Роджер Даниел Келемен, Ратгерский университет, и Лоран Печ, Мидлсекский университет, отмечают, что, хотя ученые, разработавшие теорию конституционного плюрализма не хотели зла, для ЕС она стала теми самими «добрыми намерениями», которыми вымощена дорога в ад [2, р. 59].

Теория была создана для того, чтобы разрешить конфликт между Судом ЕС и некоторыми национальными судами, включая Федеральный конституционный суд Германии (ФКСГ), относительно того, кто, Суд ЕС или национальные конституционные суды, может принимать решение о границах юрисдикции ЕС. (Вопрос более известный как спор *Kompetenz-Kompetenz*.) Согласно этой теории такие вопросы должны оставаться не решенными в силу неиерархичности системы. Вместо этого, стороны должны вести диалог на основе самоограничения и взаимных уступок.

По мнению авторов, конституционный плюрализм основан на смеси попыток выдать желаемое за действительное и избежать сложных решений. Этот подход создает для судов государств – членов ЕС возможность не применять право ЕС, если оно кажется им несовместимым с их конституциями или ключевыми аспектами их «конституционной идентичности». Как результат, право ЕС будет применяться в одних странах – членах ЕС и не применяться в других. Последствия этого Суд ЕС прокомментировал в своем главном решении о примате права ЕС – решении по делу *Costa vs ENEL*. Суд разъяснил, что если «внутренне право будет иметь приоритет над правом Сообщества, это приведет к дискриминации на основе гражданства и лишит право ЕС его природы права Сообщества, что приведет к тому, что правовая основа Сообщества будет поставлена под сомнение». Кроме того, такая ситуация нарушит основополагающие принципы верховенства права, такие

как принцип правовой определенности [2, р. 62]. Иными словами, в качестве правовой теории конституционный плюрализм несостоятелен, поскольку стимулирует правовой хаос, в котором конституционные суды «выбирают», каким нормам ЕС их государства будут следовать, а каким – нет. Теоретики надеялись, что этого хаоса можно будет избежать с помощью диалога, искреннего взаимодействия и взаимных уступок. Так и происходило до тех пор, пока ФКСГ и другие суды действовали в духе искреннего взаимодействия. Однако наивно было думать, что такое положение продлится долго. Начиная с 2010 г. в Венгрии и с 2015 г. в Польше власти стали использовать конституционный плюрализм для укрепления автократии [2, р. 63]. Проблема не в том, что власти этих стран использовали аргументы о конституционной идентичности недобросовестно, хотя это, несомненно, так, а в том, что они логически развили эти аргументы. Аспекты концепции конституционного плюрализма, используемые властями Венгрии и Польши, не являются дефектом, который можно исправить, в них заключаются ключевые характеристики данной теории [2, р. 65].

Правительство Венгрии использовало миграционный кризис в Европе для завоевания популярности. Оно играло на страхе граждан перед мигрантами и позиционировало себя в качестве защитника Венгрии от миграционной политики ЕС. В ситуациях, когда действия правительства Орбана очевидно нарушали правовые установления ЕС, он оправдывал их, ссылаясь на «конституционную идентичность». Конституционный суд Венгрии поддержал позицию В. Орбана в своем постановлении 2016 г. При этом понимание конституционной идентичности, приведенное Судом, было настолько неопределенно, что может рассматриваться как *carte blanche* и законодательной, и исполнительной власти на отступление от обязательств перед ЕС. Обосновывая свою позицию, судьи сослались на то, что это понятие фигурировало и в решениях других европейских судов, в том числе ФКСГ. В связи с этим необходимо заметить, что в отличие от ФКСГ Конституционный суд Венгрии употребил эту концепцию, не обосновывая более высокий уровень защиты прав человека, а оправдывая националистическую миграционную политику правительства. При том, что решения Конституционного суда было бы достаточно для неподчинения ЕС, В. Орбан предпочел закрепить защиту «консти-

туционной идентичности» в тексте Конституции страны. Как заявлялось, эти поправки были необходимы для защиты «суверенитета и культурной идентичности Венгрии от наплыва мусульманских захватчиков» [2, р. 67].

Еще в 2013 г., в первой из серии резолюций относительно ситуации в Венгрии, Европейский парламент отметил, что «основные ценности, перечисленные в ст. 2 Договора о функционировании ЕС, вытекают из конституционных традиций, общих для государств-членов, не могут использоваться в качестве причины отступления от обязательств по ст. 4, но являются той основой, в рамках которой государства сохраняют и развивают свою национальную идентичность» [2, р. 69]. Несмотря на очевидность нелегитимности использования конституционной идентичности для обоснования нарушений основных ценностей ЕС, венгерские власти продолжают это делать. Закон Венгрии 2018 г. о внесении изменений в Конституцию страны и ст. 4 (2) Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора 2007 г. (далее – Договор) дают возможность Венгрии не только не принимать во внимание право ЕС в силу своей национальной идентичности, но и выступать против него, основываясь «на выборе политических или социальных ценностей, являющихся значимыми с точки зрения национальной и политической самоидентичности» [2, р. 69].

В Польше, в рамках так называемой судебной реформы, было принято несколько десятков законов, полностью изменивших структуру судебной власти и давших возможность исполнительной и законодательным властям вмешиваться во все аспекты ее деятельности. В обоснование реформ польское правительство ссылалось как на конституционный плюрализм, так и на конституционную идентичность, игнорируя при этом ст. 4 (3) Договора о функционировании ЕС, требующую от стран-членов искреннего взаимодействия. Лицемерие властей становится особенно наглядно, если учесть, что законы, обосновываемые конституционным плюрализмом, были внедрены через внеконституционное законодательство, в нарушение положений Конституции Польши. Это было отмечено и Ассоциацией судей Польши, которые подчеркнули, что власти обязаны выполнять положения своей собственной Конституции и не могут, нарушая ее, ссылаться на конституционный плюрализм [2, р. 70].

Оба автократических режима в ответ на критику реформ ссылаются не только на решения судов «демократических стран», в том числе ФКСГ, но и на ведущих теоретиков конституционного плюрализма. Оглядываясь назад, мы можем сказать, что решение включить положение о национальной идентичности в текст Договора о функционировании ЕС было ошибочным. Эта ошибка может быть сглажена Судом ЕС, который мог бы толковать это понятие и определить спектр приемлемых значений. Конституционный плюрализм – теория, созданная для благовоспитанных сообществ, она не применима в жестокие времена, когда конституционная демократия стоит перед лицом реальной угрозы. Опасность идей, уместных в ранние годы ЕС в рамках общего тренда критики Суда ЕС, теперь проиллюстрирована конкретными примерами.

Матей Авбельж из Нового университета в Словении не согласен с описанием конституционного плюрализма как опасной по своему существу теории. Ее критика, как он считает, продиктована позитивистским пониманием, игнорирующим ее нормативную суть. Между тем конституционный плюрализм представляет собой антипод авторитаризма, что означает, что автократические режимы не могут использовать ее для оправдания своих действий.

В течение долгого времени конституционные взаимоотношения между правом ЕС и национальным правом находились в тени более насущных проблем экономического и гуманитарного характера, вопросов безопасности и политических кризисов. Более того, этот вопрос считался теоретическим. Однако после решения ФКСГ по делу *Weiss* от 5 мая 2020 г. он материализовался и поставил под вопрос жизнеспособность европейского правопорядка и интеграцию саму по себе. В этом решении ФКСГ постановил, что Европейский центральный банк, не приняв должным образом во внимание принцип пропорциональности при осуществлении своих валютных полномочий в рамках Программы закупок для государственного сектора (Public Sector Purchase Programme) превысил свои полномочия и действовал *ultra vires*. Кроме того, решение Суда ЕС, который не признал Европейский центральный банк ответственным за это нарушение, также было признано *ultra vires*. Первый раз в истории ФКСГ решил, что институты ЕС нарушили пределы своей компетенции, и объявил решение Суда ЕС на территории Германии недействительным. Таким образом, ФКСГ от-

крыто и намеренно отклонился от принципа примата права ЕС и создал препятствие для единообразного и эффективного его применения [3, р. 1024]. ФКСГ всегда был в авангарде борьбы с безусловным верховенством права ЕС, «лая, но не кусая», но впервые признал оспариваемое решение недействительным. Ранее акты ЕС уже признавались *ultra vires* Конституционным судом Чехии и Верховным судом Дании, но в первый раз это было сделано Конституционным судом Германии – государства – члена ЕС, имеющего самое большое влияние в рамках этого образования. Потому не удивительно, что данное решение вызвало бурную реакцию, в том числе со стороны академического сообщества.

Рассматривая возможность эффекта домино, как последствие решения ФКСГ, ряд ученых высказал опасения, что тактика Германии будет взята на вооружение авторитарными режимами, которые уже активно используют теорию конституционального плюрализма, для оправдания своих действий, не согласующихся с ценностями ЕС. В качестве меры предупреждения таких последствий предлагается отказаться от теории конституционного плюрализма и провозгласить неограниченное и безусловное верховенство права ЕС [3, р. 1026].

Примитивность предложенной меры показывает необоснованность критики и узкое, схематическое понимание сути конституционного плюрализма. Она заключается не в том, чтобы формально определить, кому принадлежит последнее слово в сложносочиненном правопорядке европейской интеграции. Наоборот, его смысл состоит в его ценностной основе – этике плюрализма. Если сконцентрироваться на этом, то становится понятно не только то, что конституционный плюрализм не является «в корне неверным», но и то, что он не «предрасположен» к злоупотреблению со стороны автократов.

Понять суть плюрализма как философии непросто. Философского понятия плюрализма не существует, вместо этого мы говорим о плюрализме плюрализмов. Приходится выбирать между негативным пониманием плюрализма как извечного конфликта и, соответственно, потерь для каждого, и позитивным плюрализмом, под которым понимается наличие возможностей. Исходя из последнего факта, плюрализм можно признать нормативными рамками упорядоченной множественности. Множественность предпо-

лагает различия и разнообразие, право быть другим и делать что-то по-своему. Таким образом, множественность есть выражение автономии: сначала – индивидуум, затем – коллектив. Поскольку она укладывается в контекст равных прав для всех, автономию так же можно понимать, как самореализацию каждого и всех индивидуумов. Право при этом исходит из базовой ценности плюрализма и является одновременно его нормативным началом и его итогом. Каждый индивидуум обладает равным человеческим достоинством. Как люди мы, неизбежно, живем в мире плюралистическом и, соответственно, разнообразном. Уважение к человеческому достоинству диктует, что это хорошо и такое положение вещей должно сохраняться и укрепляться. Однако плюрализм не тождественен множественности. Он больше, чем множественность.

Плюрализм требует, чтобы различные субъекты (автор использует термин «сущности» (entities). – *Прим. Н. К.*), формирующие множественность, сохранялись путем признания ими этого права друг за другом, одновременно вырабатывая нормативный дух плюрализма, усиленный диалектикой открытой сущности. Иными словами, они должны быть преданы не только множественности, но и общему целому [3, р. 1028].

Правовой плюрализм есть правовая институционализация плюралистической философии. Конституционный плюрализм наиболее подходит ЕС, поскольку тот является плюралистической сущностью, как в социально-политическом, так и в правовом плане. Плюралистическая правовая структура европейской интеграции и тот факт, что национальные правопорядки и правопорядок ЕС остаются автономными и независимыми друг от друга, отражают социополитическую множественность внутри ЕС. Одновременно правовой плюрализм накладывает на конституционные сущности ЕС два требования: они должны быть преданы плюрализму внутренне и внешне. В силу своих характеристик, правовой плюрализм действует как нормативная платформа познавательного процесса между политико-территориальными единицами и правопорядками, обеспечивая пространство для дискуссий и адаптации и вовлекая их в процесс постоянного обоснования своих действий, что не оставляет возможности для правового и политического произвола, а также злоупотребления властью. Таким образом, плюрализм – это мерило легитимности реализации

правовой власти сущностями, формирующими множественность [3, p. 1028].

Плюрализм, правовой плюрализм и конституционный плюрализм не совместимы с авторитаризмом. Философия авторитаризма не является плюралистической и не базируется на достоинстве человека. Она не про дискуссии и адаптацию, а про навязывание нормативных последствий решений, продиктованных абсолютной, монополизированной властью. Эта философия не уважает множественность, различия и разнообразие. Она не поддерживает систему сдержек и противовесов, а наоборот, нацелена на ее демонтаж, с тем чтобы беспрепятственно пользоваться властью. Авторитаризм не заинтересован в измерении легитимности своей власти, он нацелен на абсолютную власть, осуществляемую от лица народа, но в интересах тех, кто этой властью обладает.

В силу того, что плюрализм и авторитаризм являются антиподами, инструменталистские аргументы против конституционного плюрализма в ЕС теряют свою силу. Авторитарные режимы не могут использовать теорию конституционного плюрализма для оправдания отступления от права ЕС [3, p. 1029].

Список литературы

1. Mac Amhlaigh C. Back to a sovereign future? Constitutional pluralism after brexit // Cambridge yearbook of European legal studies. – 2019. – Vol. 21. – P. 41–58.
2. Kelemen R.D., Pech L. The uses and abuses of constitutional pluralism: Undermining the rule of law in the name of constitutional identity in Hungary and Poland // Cambridge yearbook of European legal studies. – 2019. – Vol. 21. – P. 59–74.
3. Avbelj M. Constitutional pluralism and authoritarianism // German law journal. – 2020. – Vol. 21. – P. 1023–1031.

ШОЛТЕС Д. ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОЙ ИДЕНТИЧНОСТЬЮ. (Реф. ст.).

SCHOLTES J. Abusing constitutional identity // German law journal. – 2021. – Vol. 22, N 4. – P. 534–556. (Article summary).

Ключевые слова: Европейский союз; европейское право; конституционная идентичность; конституционный плюрализм.

Автор данной статьи – Джулиан Шолтес, кандидат юридических наук, научный сотрудник юридического факультета Института Европейского университета, пытается доказать, что антиплюралистическая оценка конституционной идентичности «заходит слишком далеко» и что простое пренебрежение понятием конституционной идентичности не приведет к исчезновению передаваемых через него смыслов. Авторитарное и популистское присвоение конституционной идентичности автор рассматривает как злоупотребление этим понятием (р. 534).

Концепция конституционной идентичности в настоящее время находит особую практическую значимость в ее использовании национальными конституционными судами и правительствами в случаях противостояния наднациональным законам и институтам. Конституционная идентичность стала концептуальным средством конституционных конфликтов власти в европейском плюралистическом ландшафте. Этот конституционный плюрализм характеризуется отсутствием – или, возможно, переизбытком – верховной власти, поскольку как национальные, так и транснациональные правовые порядки сохраняют за собой последнее слово по вопросам, относящимся к их власти, в то же время разрешая конфликты между собой посредством диалога и взаимного приспособления, а не правовых иерархий. В этом контексте национальная конституционная идентичность становится формой «концептуальной валюты», с помощью которой утверждается и обсуждается власть.

Убедительность и значимость таких транснационализированных аргументов конституционной идентичности, по мнению Д. Шолтеса, весьма спорны. С одной стороны, можно обнаружить, что европейская интеграция коренным образом изменила государство. Вместе с тем возникает вопрос о том, как далеко может зайти эта трансформация? Учитывая глубокое структурное воздействие законодательства ЕС и Европейской конвенции по правам человека на национальные конституции, настороженность национальных конституционных судов в отношении конституционной идентичности их государства является вполне понятной реакцией.

По мнению автора, национальные суды в защите своей конституционной идентичности преследуют устаревшие идеи суверенитета и государственности, которые уже утрачены. Национальная конституционная идентичность стала чертой на песке для национальных судов, которую не должны пересекать страны, участвующие в региональных и глобальных интеграционных проектах. Там, где ранее были проведены линии конфликта между национальным и европейским правовыми порядками вокруг концепций демократии и суверенитета, государства теперь стремятся «защитить национальную идентичность, настаивая на национальной конституционной специфике» (р. 535–536).

В последние годы распространение дискурсов конституционной идентичности в конституционных юрисдикциях подвергается все большей критике. Все чаще популистские и авторитарные правительства превращают свои платформы в конституционные проекты. В ходе этого процесса идея конституционной идентичности есть лишь предлог для уклонения от транснациональных правовых обязательств, а также для защиты своих конституционных проектов в целом. Это привело к тому, что некоторые эксперты видят «опасность конституционной идентичности» и считают, что от этой концепции следует отказаться, поскольку ее непреднамеренные последствия оказались потенциально разрушительными для будущего европейского правового порядка (р. 537).

Автор полагает, что до тех пор, пока коренная проблема нелиберального авторитаризма в Европе сохраняется, нелибералы и авторитаристы будут злоупотреблять законом – а не только конституционной идентичностью – в своих собственных целях. Авторитарное и популистское присвоение конституционной идентич-

ности должно быть идентифицировано и определено как злоупотребление этим понятием.

С точки зрения Дж. Шолтеса, конституционную идентичность лучше всего понимать, как форму метаконституционного аргумента, предусматривающего установление власти по определенным вопросам на более низком, а не на более высоком конституционном уровне. Во-первых, эти аргументы основаны на нераспространении этой доктрины на транснациональный уровень; во-вторых, они учитывают ценности национальной конституционной культуры и общности.

Концептуальная история аргументации конституционной идентичности в европейском контексте началась только в начале XXI в. в ходе разработки в этот период несостоявшегося Конституционного договора. Статья I-5 Конституционного договора, ставшего впоследствии ст. 4 (2) Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора 2007 г., предусматривает, что «Союз соблюдает равенство государств-членов перед Договорами, уважает национальную идентичность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам, в том числе в области местного и регионального самоуправления...». И испанский, и французский конституционные суды трактуют это положение как «содержащее имплицитное ограничение примата европейского права всякий раз, когда этот закон затрагивает фундаментальные положения национальной конституции. Французский Конституционный совет в 2006 г. пошел дальше в практическом развитии доктрины конституционной идентичности. Совет пришел к выводу, что европейские директивы не должны противоречить принципам французской конституционной идентичности, «если учредительная власть не согласится на это». Исходя из этого, Совет разработал доктрину конституционной идентичности, которая должна превалировать над правом ЕС.

В процессе ратификации Лиссабонского договора 2007 г. и в соответствии с его п. 2 ст. 4 несколько конституционных судов начали конкретизировать свои собственные доктрины конституционной идентичности в качестве способа утверждения примата своих национальных конституций. Так, Конституционный суд Германии признал себя компетентным пересматривать законодательство ЕС. «Якорем» для концепции конституционной идентич-

ности этого Суда была «оговорка о вечности» в статье 79 (3) Конституции Германии. Это положение не позволяет конституционному законодателю изменять некоторые существенные положения Конституции, а именно ст. 1, которая закрепляет неприкосновенность человеческого достоинства и уважение прав человека. Эта же статья устанавливает федеративный, демократический и социальный характер немецкого государства, а также принципы народного суверенитета и верховенства права. Таким образом, незыблемое основное содержание Конституции, защищенное клаузулой о вечности, должно быть в равной степени защищено от посягательств со стороны законодательства ЕС. Любое изменение конституционной идентичности путем европейской интеграции должно быть узаконено актом учредительной национальной власти, т.е. принятием новой конституции на референдуме.

Чешский Конституционный суд пошел по аналогичному пути, используя положение о вечности в ст. 9 Конституции Чехии в качестве отправной точки для определения «фундаментального ядра» Конституции. Польский Конституционный суд в своем решении широко использовал прецедентную практику и аналогичным образом сослался на п. 2 ст. 4 Договора. Развивая концепцию конституционной идентичности, Конституционный суд Польши утверждает, что она является «нормативным проявлением польского суверенитета».

С некоторыми вариациями конституционная идентичность теперь признается общим стандартом для национального конституционного пересмотра законодательства ЕС, своего рода красной линией. За последние 20 лет эта концепция стала основным элементом национальной конституционной аргументации укрепления авторитета национальной конституции над правом ЕС.

В связи с этим автор размышляет далее над вопросами: как мы должны понимать конституционную идентичность? Как получилось, что несколько национальных конституционных судов начали принимать схожие судебные решения о границах правового порядка ЕС? Как придать этой идее некоторые контуры, чтобы быть в состоянии лучше понять ее?

Пытаясь ответить на первый вопрос, Дж. Шолтес замечает, что есть много причин не смешивать конституционную идентичность, выдвинутую государствами-членами, с национальной иден-

тичностью, предусмотренной в ст. 4 (2). Во-первых, очевидна семантическая дизъюнкция. Национальная идентичность не является конституционной идентичностью, даже если первая может быть присуща фундаментальным конституционным структурам государства, и в конечном счете «исследование национальной или конституционной идентичности – это исследование различных субъектов». Во-вторых, история разработки ст. 4 (2) предполагает, что эта норма была предназначена не для того, чтобы квалифицировать примат права ЕС, а скорее, как осторожный способ предотвращения расширения компетенции со стороны институтов ЕС. В-третьих, на практике толкование Судом ЕС ст. 4 (2) далеко отклонилось от предположения об относительном примате права ЕС. Практическая значимость статьи была сведена к более чем обобщенному положению о государственной политике.

С точки зрения автора, основания для утверждения конституционной идентичности находятся не в рамках какой-либо одной конституции, а в этой метаконституционной плоскости. Конституционную идентичность следует понимать как аргумент, касающийся распределения полномочий между конкурирующими конституционными объектами. Это дает основание для сосредоточения власти в одном конституционном месте, а не в другом. Таким образом, основания аргументации конституционной идентичности являются метаконституционными, а не доктринальными.

Аргумент конституционной идентичности колеблется между двумя метаконституционными категориями: неприемлемостью и конституционной культурой. Во-первых, аргумент неприемлемости распространяет внутреннюю логику конституционной неприемлемости на транснациональный уровень. Некоторые положения конституции должны оставаться нетронутыми – если это ограничение связывает конституционного законодателя, то оно тем более сковывает наднациональные конституционные порядки. Во-вторых, аргумент конституционной культуры апеллирует к ценности конституционной культуры и общности, обращаясь к важности общинного смысла в конституционном праве. Конституционная идентичность имеет нормативную ценность, потому что, преломляя ценности конституционализма через локальную линзу, она делает последний конкретным и осязаемым.

Ни один из этих двух аргументов, подчеркивает автор, не является безупречным или беспроблемным. В частности, оба аргумента потенциально могут проложить путь к непримиримому фундаментализму, который неизбежно усугубит существующие патологии судебного диалога.

Именно со злоупотребления аргументами конституционной идентичности начинаются многие обоснованные тревоги. Те, кто критикует конституционную идентичность, обращают внимание на разрушительный потенциал аргументов конституционной идентичности, на то, что понятие конституционной идентичности является слишком расплывчатым для удовлетворения требований верховенства права. Особенно беспокоит то, что язык идентичности кажется особенно привлекательным для популистов и авторитаристов справа. Поскольку эта концепция спорит с соображениями культуры – конституционной или иной – она легко «внедряется в националистическую и даже нативистскую почву». Конституционная идентичность позволяет судам и правительствам продвигать через «черный ход» необоснованные конституционализированные взгляды на национальную идентичность, религию и культуру, которые служат для закрепления идеологических позиций, противоречащих идеалам европейской интеграции. В конечном счете, на понятие, столь «запятнанное националистическими и нативистскими идеями», не должны полагаться ответственные суды, считает автор (р. 552).

Эти тезисы Дж. Шолтес подтверждает примерами из деятельности правительств, злоупотребляющих конституционной идентичностью в Европе, чтобы оправдать эрозию транснациональной законности и увести государство от требований конституционализма.

Так, Венгерский конституционный суд, конструируя конституционную идентичность, определил «концепцию конституционной идентичности как самоидентификацию Венгрии», но отказался определить какие-либо конкретные конституционные положения, которые должны быть особенно защищены. В том же духе польское правительство стремилось сослаться на конституционную идентичность в защиту своей сильно критикуемой судебной реформы. Спорная реформа, по мнению польского правительства, была оправдана тем, что различия между европейскими странами в структуре судебной власти были вопросом конституционной иден-

тичности (р. 550–552). Эти два примера, в частности, заставили некоторых утверждать, что понятие конституционной идентичности должно быть полностью отвергнуто наряду с конституционным плюрализмом, для которого оно является концептуальным сосуном. В глазах ее недоброжелателей разрушительный потенциал конституционной идентичности не зависит от того, что концепция искажается недобросовестно. Скорее, она внутренне присуща самой идее. Некоторые интерпретаторы утверждают, что понятие конституционной идентичности «изначально опасно». Автократы и авторитаристы испытывают «естественное влечение» к таким понятиям, как конституционная идентичность, потому что они «служат им оправданием при игнорировании общих норм Союза» (там же).

По мнению автора, идея конституционной идентичности должна быть защищена от этих аргументов. Беспокойство по поводу конституционной идентичности – ее концептуальной неопределенности и склонности к злоупотреблениям – отражает более широкие опасения по поводу роста авторитарного популизма и его влияния на европейский транснациональный правовой проект. Но акцент на конституционной идентичности, распространенный среди критиков, контрпродуктивен. Идея о том, что концепция конституционной идентичности сама несет ответственность за ее незаконное «присвоение» и проблемы, которые они вызывают в европейском правовом порядке, весьма сомнительна.

Дж. Шолтес признает, что эта концепция имеет свои слабые стороны, но категорическая критика конституционной идентичности делает неправильные выводы из венгерских и польских примеров злоупотребления ею. По существу, конституционное оспаривание и судебный диалог не являются эфемерным явлением европейского правового порядка, но, возможно, представляют собой неотъемлемую часть легитимности этого порядка в целом. Скорее всего, концепция конституционной идентичности останется частью этого диалога. Но даже если рамки судебного диалога изменятся, недобросовестность со стороны авторитарных популистов не исчезнет. Другими понятиями так же легко злоупотребить, как и конституционной идентичностью.

Е.В. Алферова

КРАВЧУК Н.В.¹ СУД ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА: НАРАСТАЮЩИЙ КРИЗИС ЛЕГИТИМНОСТИ. (Обзор).

Аннотация. Обзор посвящен проблеме снижения легитимности Суда ЕС, которая отмечается в работах ряда ученых. В этом контексте анализируются судебные дела, затрагивающие вопросы экстерриториального действия права ЕС, а также соблюдения и защиты прав человека, рассмотренные Судом ЕС в последние годы. Позиции Суда ЕС вызывают не только критику представителей академического сообщества, но и сопротивление национальных конституционных судов.

Ключевые слова: Суд ЕС; защита основных прав ЕС; Федеральный конституционный суд Германии; судебный надзор; экологическое право; оккупированные территории.

KRAVCHUK N.V. The EU Court of justice: The growing crisis of legitimacy. (Review).

Abstract. The review is focused to the problem of reducing the legitimacy of the EU Court, which is noted in the works of a number of scientists. In this context, the review analyzes court cases concerning the extraterritorial effect of EU law, as well as the observance and protection of human rights, considered by the EU Court in recent years. The positions of the EU Court cause not only criticism of representatives of the academic community, but also resistance of national constitutional courts.

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

Keywords: Court of Justice of the EU; EU fundamental rights protection; German federal constitutional court; judicial review; environmental law; occupied territories.

Суд ЕС, главный судебный орган Европейского союза, сталкивается в последнее время со значительной критикой со стороны профессионального и академического сообществ. Сомнению подвергается то, как он использует нормы и принципы международного права, толкует нормы права ЕС и свои полномочия по рассмотрению дел, связанных с соблюдением и защитой прав человека.

Иоанна Хаджийяни из Университета Кипра в своей статье [2] оценивает роль Суда ЕС по установлению законности и территориальной сферы действия обязательств государств в рамках экологического права. Экологическое право выступает в качестве тестового случая в определении подходов Суда к этим вопросам по широкой категории дел.

Автор отмечает, что дела, затрагивающие вопросы экстерриториального применения права ЕС, размывают различия между «внутренним» и «внешним» правопорядками ЕС и демонстрируют изменяющуюся роль судов в глобализующемся мире. Когда суды сталкиваются с вопросами, касающимися территориальной сферы действия внутреннего законодательства, они вынуждены касаться противоречивых вопросов допустимых пределов регулирования, выходящих за рамки традиционных концепций государственного суверенитета и невмешательства, на которые обычно опираются при разрешении дел судебные системы [2, р. 129]. Суд ЕС мог бы сыграть важную роль в признании экстерриториального действия законодательства ЕС и его распространении на акторов третьих стран, в поддержании правового режима ЕС и индивидуальных прав, предоставляемых правом ЕС негражданам. Это бы соответствовало провозглашенным ЕС ценностям, включающим консолидацию и поддержку демократии, верховенства закона и прав человека, стимулирование устойчивого развития развивающихся стран и многостороннее сотрудничество, а также поддержание и продвижение соблюдения международного права.

Помимо значительного регулирования внешних действий в области окружающей среды в рамках публичного международного

права, ЕС расширяет сферу применения своего внутреннего законодательства за пределами границ через то, что И. Хаджийанни называет «*внутренние экологические меры с внешними последствиями*» (ВЭМВП). ЕС всё чаще прибегает к таким мерам в областях, недостаточно урегулированных международным правом. Примерами таких мер могут служить: разработка критериев «устойчивого развития» («*the sustainability criteria*») для биотоплива, которые содержат определенные требования к процессу сбора сырья, импортируемого в ЕС; включение международных авиационных эмиссий в систему оценки уровня выбросов ЕС («*EU ETS*») для рейсов, прибывающих или отправляющихся из аэропортов ЕС; регулирование импорта пиломатериалов, предъявляющее определенные требования к законности их производства на территории третьих стран. В силу экономического влияния рынка ЕС, операторы третьих стран мотивированы соответствовать требованиям ВЭМВП. Таким образом, односторонние действия ЕС могут оказать значительное влияние на практики иностранных компаний и регулятивные подходы третьих стран. В областях, где трудно достичь международного консенсуса, ВЭМВП может обуславливать применение законодательства ЕС развитием права в третьей стране или заключением ею международного соглашения.

При том, что ВЭМВП обладают значительным потенциалом в расширении действия законодательства ЕС за его пределы в целях повышения внимания третьих стран к экологическим проблемам, они вызывают озабоченность этих стран по причинам недостаточной отчетности, отсутствия у них возможности участвовать в процессе принятия решений и быть представленными в этом процессе, и отсутствия гарантий справедливости [2, р. 131]. Эти недостатки порождают сомнения в легитимности применяемых мер. По идее, они должны устраняться / компенсироваться на стадии судебного надзора Судом ЕС.

Проанализировав ряд дел Суда ЕС, касавшихся толкования территориальной сферы действия права ЕС (*Zuchtvieh-Export, European Federation for Cosmetic Ingredients*) и ее законности (*Air Transport Association of America, Inuit I, Inuit II*) И. Хаджийанни приходит к выводу о том, что Суд ЕС стоит на позиции расширения территориальной сферы действия законодательства ЕС, поддерживает законодательную власть ЕС в этом процессе и предоставляет

широкие полномочия регулятивным органам, не предусматривая при этом каких-либо системных ограничений. При том, что, в принципе, судебный надзор в ЕС является значимым механизмом компенсации приведенных выше недостатков ВЭМВП, глобальные регуляционные полномочия ЕС не опираются на эффективный механизм контроля. Рассматривая вопрос экстерриториального применения экологического права, Суд ЕС имеет тенденцию фокусироваться на внутренних делах, не уделяя достаточного внимания внешнему воздействию права ЕС. В частности, он обосновывает полномочия регулировать действия третьих лиц за пределами ЕС необходимостью усилить эффективность права ЕС (*European Federation for Cosmetic Ingredients*), важностью законных целей, которые преследует право ЕС (*Zuchtvieh-Export*), совместимостью актов ЕС с международными правовыми инструментами (*Air Transport Association of America*) и необходимостью усовершенствовать функционирование внутреннего рынка (*Inuit*).

В то же время Суд ЕС выработал некоторые пределы распространения регуляционной власти ЕС и продемонстрировал восприимчивость к другим правопорядкам. Толкование оговорки о равнозначности в деле *Zuchtvieh-Export* или ограничение внетерриториального действия в ситуациях участия иностранных акторов в торговых отношениях с ЕС в деле *European Federation for Cosmetic Ingredients* представляют собой, по сути, различные судебные механизмы избежания конфликта с нормами третьих стран. Той же цели ограничения распространения сферы компетенции ЕС служили исследование соответствия Авиационной директивы ЕС (*Aviation Directive*) международному праву и требование наличия территориальной связи между ЕС и регулируемой деятельностью в деле *Air Transport Association of America*. Хотя данные меры налагают некоторые ограничения на регулятивную власть ЕС за его пределами, они не обеспечивают признания воздействия этой власти на акторов третьих стран таким образом, чтобы содействовать ее признанию этими акторами. В силу проблем с доступом к Суду ЕС и пиетету Суда к политическим решениям ЕС, судебный надзор ЕС не представляет собой средства транснациональной ответственности. Кроме того, учитывая тот факт, что Суд ЕС не признает прав участия (*participation rights*), за исключением тех, что закреплены в законодательстве ЕС, он не

обеспечивает представление интересов третьих стран. Например, в деле *Inuit II* Суд, хотя и обратил внимание на консультации, проведенные законодательной властью ЕС с сообществами инуитов, но не посчитал этот процесс обязательным с правовой точки зрения и рассмотрел его исключительно как часть политической деятельности, осуществляемой законодательным органом. И наконец, Суд ЕС не готов рассматривать вопросы, связанные с распределительным правосудием как на уровне страны, в плане поддержки, оказываемой развивающимся странам с тем, чтобы они могли соответствовать требованиям ЕС (*Zuchtvieh-Export*), так и на индивидуальном уровне, в контексте воздействия применяемых мер на основные права акторов третьих стран (*Inuit*). Эти недостатки демонстрируют объем предметной области судебного надзора, который Суд ЕС должен осуществлять с тем, чтобы легитимизировать контроль регулятивной власти ЕС. Ограничения, направленные на определение равнозначности, и взаимосвязь стандартов ЕС с соответствующими нормами международного права и механизмами исполнения за рубежом особенно важны в делах, где Суд ЕС толкует законодательство с широкой территориальной сферой применения.

Подтверждение и распространение экстерриториального действия права ЕС верховным судебным органом Сообщества может в значительной мере повлиять на внешние отношения ЕС. Суд ЕС, по мнению автора, должен отдавать себе отчет в том, что своими решениями он содействует установлению определенного дискурса в области допустимых границ государственного суверенитета и юрисдикции. Соответственно, он должен вырабатывать аргументацию с учетом прав третьих стран регулировать деятельность, осуществляющуюся на их территории. Это положительно скажется на доверии к ЕС третьих стран [2, р. 161].

Ева Касотти, ТиЭмСи Ассер Института (Т.М.С. Asser Instituut), Нидерланды, озабочена подходами Суда ЕС к рассмотрению экономических соглашений, действие которых распространяется на самоуправляемые оккупированные страны, такие как Марокко и Западная Сахара [3, р. 372].

Автор отмечает, что Суд и ранее (речь идет, прежде всего, о делах *Anastasiou* и *Brita*) игнорировал суть международного права в попытках, с одной стороны, добиться формального соответствия

ему, с другой – избежать политических конфликтов. Последние дела – *Front Polisario* и *Western Sahara Campaign UK* подтвердили тревожную тенденцию.

Данные дела затрагивают вопросы толкования и применения ключевых принципов международного права, таких как обязанность непризнания (the duty of non-recognition), принцип самоопределения и право на постоянный суверенитет применительно к природным ресурсам, и позволяют по-новому посмотреть на дискуссию по проблеме приверженности Суда ЕС международному праву (по-нидерландски – *Völkerrechtsfreundlichkeit*), оспорив распространенную в академических кругах точку зрения о его дружественном и открытом международному праву отношении.

В декабре 2016 г. Суд ЕС вынес апелляционное решение по делу *Front Polisario*, которым отменил решение первой инстанции и установил, что Фронт Полисаро, главное освободительное движение Западной Сахары, не обладает процессуальной правоспособностью, необходимой чтобы инициировать дело об аннулировании решения Совета ЕС, утвердившего Соглашение 2010 г. между ЕС и Марокко о либерализации отношений в области сельского и рыбного хозяйства и (2010 EU-Morocco Agreement on agricultural, processed agricultural and fisheries products (Liberalization Agreement)). Решение было обосновано тем, что спорное соглашение не распространяется на территорию Западной Сахары. Суд ЕС отметил, что его первая инстанция ошиблась в толковании территориальной сферы действия соглашения, не учтя ст. 31 (3)(с) Венской конвенции о праве договоров (Венская конвенция), согласно которой при толковании учитываются «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками». Не были учтены право на самоопределение, ст. 29 Венской конвенции (территориальная сфера действия договоров) и принцип действия договора на третьих лиц (принцип *pacta tertiis*). Поскольку право на самоопределение есть право *erga omnes*, Западная Сахара обладает независимым правовым статусом, отдельным от статуса Марокко, и это препятствует применению на ее территории вышеупомянутого Соглашения о либерализации. Далее, формулировка ст. 29 Венской конвенции предполагает, что международное соглашение применяется только в рамках географического пространства на

котором государство реализует свою суверенную власть в полном объеме и не распространяется на другие территории под его юрисдикцией и международной ответственностью, за исключением случаев, когда это предусмотрено в самом договоре. И наконец, Западная Сахара является не самоуправляемой территорией, что делает ее третьей стороной по отношению к Соглашению между ЕС и Марокко.

Это решение подверглось значительной критике. Как отмечалось, хотя формально Суд ЕС ссылаясь в нем на международное право, его аргументация и выводы не были убедительными, поскольку он применил принципы международного права без учета того, как они понимаются в международном праве и в международной судебной практике [3, р. 378]. В своей извращенной логике Суд ЕС исходит из того, что «не может быть того, чего быть не должно» [3, р. 382], отказываясь допустить, что ЕС может действовать в нарушение международного права. Особенно проблематичными являются полагание на принцип самоопределения народа Западной Сахары как оккупированной территории при обосновании территориальной сферы действия Соглашения о либерализации и отказ Суда учитывать «последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» в соответствии со ст. 31 (3)(в) Венской конвенции. Неправильное толкование Судом ЕС норм и принципов международного права не только идет вразрез с имиджем Суда, как органа, уважающего международное право, оно подрывает его легитимность, важным источником которой традиционно является убедительная аргументация.

Следующее решение стало результатом запроса о предварительном постановлении Высокого суда Англии и Уэльса по делу, инициированному общественной организацией Western Sahara Campaign UK, целью которой являлась поддержка народа Западной Сахары в реализации его права на самоопределение. На национальном уровне заявитель оспорил действие нескольких соглашений о сотрудничестве между ЕС и Марокко в части их действия на территории Западной Сахары и прибрежных вод. Такое их применение, по его утверждению, нарушает ст. 3 (5) Договора о функционировании ЕС, которая предусматривает, что ЕС должен уважать международное право, в частности право на

самоопределение, обязанность непризнания и принцип постоянного суверенитета в отношении природных ресурсов. И снова, как и в предыдущем деле, толкование Судом ЕС международного права следует признать проблематичным. Во-первых, Суд наделил слишком большим весом презумпцию невозможности нарушения ЕС международного права. Во-вторых, чрезмерно положился на ст. 31 (3)(с) Венской конвенции и отказался учитывать иные способы толкования договора. В-третьих, сфокусировался лишь на нормативном контексте соглашений, упуская из виду основную цель толкования – понимание общих намерений сторон. В-четвертых, уклонился от учета «последующей практики» сторон.

По сути, основой решения стал аргумент, уже обнаруженный нами в предыдущем деле: «не может быть того, чего быть не должно». В этом решении Суд ЕС прибегал к нему дважды – толкуя концепцию территории Марокко и поясняя, что является «водами в пределах юрисдикции Марокко». Делая это, он прямо применил принцип самоопределения и принцип относительного влияния договора на факты дела. Придя к выводу, что применение этих принципов приведет к установлению нарушения ЕС его международных обязательств, Суд вернулся к процессу толкования и дополнил значение соответствующих условий договора на основе юридических последствий применения этих норм. По сути, Суд поменял последовательность в процессе толкования–применения норм и, таким образом, размыл различие между прояснением смысла положений договора путем обращения к международному праву и применением договора напрямую к фактам, в контексте которых рассматривается договор (последнее непозволительно с точки зрения Венской конвенции) [3, р. 386]. Суд ЕС, по видимому, потерял из виду основную цель толкования договора. Сделав упор на нормативный контекст спора, он заменил исследование общих намерений сторон исследованием того, почему Западная Сахара не должна была быть включена в сферу действия оспариваемых соглашений.

В обоих делах Суд ЕС преследовал одну цель – инструментализации международного права. Он выборочно применял нормы международного права, с тем чтобы ограничить применимость соглашений между ЕС и Марокко, и игнорировал фактическое применение этих соглашений на территории Западной Сахары. Таким

образом, оба рассмотренных дела демонстрируют новое измерение дебата о *Völkerrechtsfreundlichkeit*, показав, что классическое, бинарное его понимание (открытость / недружественность к международному праву) не дает полного представления о современных подходах Суда ЕС к международному праву.

Дана Бурчардт, Университет Гумбольдта, обращает внимание на противодействие Суду ЕС со стороны Федерального конституционного суда Германии (ФКСГ). Взаимоотношения между двумя судами структурно изменились вследствие того, что ФКСГ избрал новый подход к рассмотрению дел в области защиты основных прав человека. Своей новой судебной практикой он противопоставляет Суду ЕС в его ипостаси суда по правам человека, пытаясь ограничить его полномочия и обращая вспять развитие его практики, которое посчитал неблагоприятным для своих полномочий.

Новая практика демонстрируется двумя решениями 2019 г. по делам, касающимся права на забвение. Факты обоих дел во многом схожи, в обоих случаях правоотношения регулировались Общим регламентом по защите персональных данных ЕС. При этом в первом деле (*Right to be forgotten I*) была применима так называемая медиапривилегия. Как отметил ФКСГ, в этом случае государства обладают определенной свободой действий относительно того, как уравновесить различные интересы, затрагиваемые спором. Во втором деле эта привилегия не была применима – вопрос спора был полностью урегулирован правом ЕС. Положа в основу это различие, ФКСГ выработал различные рамки применимости / неприменимости прав ЕС в качестве стандарта надзора, применяемого при рассмотрении им дел.

До рассмотрения этих дел ФКСГ оценивал только положение прав человека, закрепленных в Основном законе Германии, повторяя, что «неприемлемо оспаривать нарушения права ЕС» [1, с. 4]. Теперь же в некоторых случаях в качестве стандарта надзора он допускает использование основных прав ЕС. Кроме того, он выработал доктрину «параллельной применимости» внутренних прав и прав ЕС. В качестве основы такого подхода ФКСГ избрал «ответственность относительно интеграции ЕС», в рамках которой он должен убедиться в том, что права ЕС обеспечены. Ранее эта концепция использовалась им только применительно к другим конституционным органам.

Д. Бурчардт подчеркивает важность того факта, что ФКСГ перестает применять подход, основанный на «эксклюзивном соотношении» («exclusive relationship») прав ЕС и внутренних основных прав. При этом параллельная применимость обеих групп прав возможна только в случаях, когда предмет спора не полностью урегулирован правом ЕС. Эта концепция не означает, что эти права применяются одновременно или одинаково. В первую очередь в качестве стандарта надзора используются внутренние права, между тем права ЕС применяются только в отдельных, исключительных случаях. С точки зрения материального уровня защиты прав этот подход означает презумпцию того, что внутренние основные права гарантируют уровень защиты, предписанный Хартией основных прав ЕС. А поскольку обеспечение внутренних прав означает обеспечение прав ЕС, именно внутренние права могут быть использованы в качестве основного стандарта надзора. Эта аргументация, что интересно, реверсивна доводам, приведенным ФКСГ в деле *Solange II*, где Суд выразил позицию, что применение основных прав ЕС гарантирует уровень защиты, эквивалентный уровню защиты, требуемому согласно положениям о правах человека, предусмотренных внутренним законодательством. Это давало ФКСГ возможность отступить назад и не рассматривать акты ЕС и акты, предмет которых полностью урегулирован правом ЕС. И наоборот, новая презумпция, которая не заменяет предыдущую, а сосуществует с ней, служит обратной цели. ФКСГ намерен сделать шаг вперед и отталкиваться от внутренних прав в делах, где, согласно законодательству ЕС, (также) применимы права ЕС [1, р. 7]. Следует отметить, что для национального конституционного суда естественно выбирать методы обеспечения внутренних стандартов, однако менее естественно принимать решения о том, как должны быть обеспечены правовые стандарты ЕС. Было бы интересно посмотреть, что по поводу такого подхода ФКСГ скажет Суд ЕС. И хотя, скорее всего, параллельная применимость останется риторическим упражнением, сама выработка этого подхода ставит вопрос о его цели.

ФКСГ не первый использовал Хартию основных прав ЕС в качестве стандарта надзора. Это уже делал Конституционный суд Австрии. Он, однако, обосновывал это принципом эквивалентности, согласно которому принимаемое странами – членами ЕС законода-

тельство не должно делать реализацию прав ЕС более сложной, чем реализация внутренних прав. По сравнению с конституционными судами других стран ФКСГ избрал более ограничительный подход. Он не просто принял основные права ЕС в качестве стандарта надзора по делам, где они применимы исходя из права ЕС, но ограничил сферу применения стандарта минимумом, необходимым для достижения его целей.

Рассматриваемые решения особенно интересны в контексте того, что до сих пор Суд ЕС крайне редко сталкивался с открытым сопротивлением национальных судов. Для того чтобы определить, направлено ли изменение подхода ФКСГ на конструктивный диалог или представляет собой противодействие наднациональному правосудию (тенденция, набирающая силы в последние годы), необходимо определиться с признаками того, что представляет собой противодействие. Во-первых, это «реакция актора на определенное развитие института с целью воспрепятствования ему». Во-вторых, «оно направлено на институт и его полномочия», а не на оспаривание конкретной правовой нормы или его толкования судом. В-третьих, в своей самой категорической форме, противодействие может быть направлено на отрицание актором всего института в целом. В качестве примера здесь можно привести выход из-под юрисдикции суда или отказ процедурно взаимодействовать или исполнять решения суда. Если рассматривать принятые ФКСГ решения в этом контексте, то его желание воспрепятствовать развитию практики Суда ЕС, умаляющей его полномочия, очевидно. Новый подход, выработанный ФКСГ, уменьшает полномочия Суда ЕС в определенной области, насколько это возможно, но не приводит к открытой конфронтации между судами. Существование Суда ЕС как института при этом не отрицается, то есть действия ФКСГ не представляют собой самую категорическую форму противодействия. Если помнить о том, что ФКСГ является одним из самых влиятельных конституционных судов Европы, становится понятно, почему именно он взял на себя инициативу противостояния Суду ЕС. Влиятельность Суда ЕС при этом добавляет саспенса – интересно, какова будет его реакция на развивающиеся события [1, p. 18].

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. – Frankfurt on the Main, 2020. – Vol. 21. – P. 1–18. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/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/710D095B616D3B65D5EB0BAEE0BB92B2> (дата обращения: 10.07.2021).
2. Hadjiyianni I. The Court of justice of the European Union as a transnational actor through judicial review of the territorial scope of EU environmental law // Cambridge yearbook of European legal studies. – Cambridge, 2019. – Vol. 21. – P. 128–161.
3. Kassoti E. Between Sollen and Sein: The CJEU’s reliance on international law in the interpretation of economic agreements covering occupied territories // Leiden Journal of international law. – Leiden, 2020. – Vol. 33. – P. 371–389.

ХЕПНЕР М., ШМИДТ С. СМОЖЕМ ЛИ МЫ СДЕЛАТЬ ЕРОПЕЙСКИЕ ОСНОВНЫЕ СВОБОДЫ МЕНЕЕ СДЕРЖИВАЮЩИМИ? (Реф. ст.).

HÖPNER M., SCHMIDT S.K. Can we make the European fundamental freedoms less constraining? A literature review // Cambridge yearbook of european legal studies. – 2020. – Vol. 22. – P. 182–204. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/can-we-make-the-european-fundamental-freedoms-less-constraining-a-literature-review/6F9DBF5E9396468CA9A7D38F2E43BA16> (дата обращения: 27.07.2021). (Article summary).

Ключевые слова: Суд Европейского союза; основные экономические свободы; конституционализация политики ЕЭС; реформы европейской судебной системы; европейское вторичное право.

Два фундаментальных правовых акта – национальная конституция и Договор об учреждении Европейского экономического сообщества) (далее – Договор), называемые в статье «Европейская функциональная конституция», создают значимые для государств – участников ЕЭС правила Общего рынка и гарантируют усиленную защиту основных экономических свобод. Однако практика Суда Европейского союза (Court of Justice of the European Union (CJEU)) (далее – Суд ЕС), учрежденного в 1952 г., характеризуется широким толкованием правил Общего рынка, что создает предпосылки к двойственности подходов правового регулирования основных экономических свобод. Изначально включенная в качестве целей межправительственного сотрудничества, конституционализация политики ЕЭС позволила Суду превзойти по значимости внутригосударственный законодательный процесс и стать «непосредственным директивным органом» (р. 183).

В своей статье ученые-исследователи из Германии – Мартин Хёпнер и Сюзанна Шмидт, анализируя научную литературу, акцентируют внимание на существующих проблемах толкования основных экономических свобод и возможных вариантов их решения. В частности, в статье рассматриваются: институциональные реформы европейской судебной системы; предложения ученых о переводе основных экономических свобод во вторичное право и определении основных экономических свобод как запретов на экономическую дискриминацию, а не как запретов на ограничение Общего рынка; об уравнивании этих свобод социальными правами граждан и определении областей, которые должны оставаться вне сферы действия общих рыночных свобод.

Обращая внимание на то, что до конца 1960-х годов главной целью европейского интеграционного сотрудничества было построение Общего рынка, в основу которого были положены четыре основных принципа – свобода передвижения товаров, услуг, людей (рабочих и служащих) и капитала; договорное регулирование (*cartel law*); гарантированная государственная помощь (*state aid*); единая аграрная и транспортная политика, – авторы отмечают, что в современный период система взаимосвязи национальных конституций и учредительного Договора изменяется из-за широкой трактовки экономических свобод посредством прецедентного права ЕС (р. 184–185).

Экономические свободы, закрепленные в Договоре, первоначально трактовались как запреты на дискриминацию в сфере экономических отношений государств – членов ЕЭС. Государствам-членам было запрещено вводить дополнительные ограничения на товары, услуги или лиц из других государств-членов, соответственно, участники рынка должны были соблюдать внутренние нормативные требования. Позже сформировался подход, согласно которому рыночные правила государств-членов в случае, когда они потенциально ограничивают трансграничную экономическую деятельность, должны быть обоснованы с помощью критерия соразмерности. Характеристика этого критерия была интерпретирована в решении Суда ЕС по делу *Cassis de Dijon*. Впервые данный критерий был применен по делу *Reinhard Gebhard vs Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*. Согласно позиции Суда ЕС, ограничения оправданы, если они не допускают дискри-

минации иностранцев (нерезидентов), отвечают императивным требованиям общих интересов, пригодны для обеспечения достижения цели и не выходят за рамки необходимого. Однако, учитывая, что экономические свободы зачастую взаимосвязаны с социальными и гражданскими правами, такое широкое толкование существенно затрагивает области правового регулирования, в которых у европейского законодателя отсутствует компетенция.

М. Хёпнер и С. Шмидт отмечают, что в научной литературе многие ученые считают наметившуюся тенденцию «негативным последствием интеграции». Наблюдающаяся динамика значительной либерализации правового регулирования экономических отношений создает проблемы реализации экономических свобод и социальных прав граждан.

Решение данной проблемы зависит от ряда факторов: готовности национальных судов применять законодательство ЕС и права требовать разъяснений от Суда ЕС, когда возникают сомнения. Ученые обращают внимание на то, что настоящее время наблюдается сложное и неоднозначное применение экономических свобод, которое не только потенциально бросает вызов внутригосударственным законам государств-членов, но и является предпосылкой к формированию вторичного права – европейской системы социально-экономических прав.

Обобщая позиции европейских ученых, занимающихся данной проблематикой, М. Хёпнер и С. Шмидт отмечают, что одни исследователи считают, что методика, описанная в решении *Cassis de Dijon* и разработанная для выявления и отказа от незаконного протекционизма, асимметрично поддерживает экономические права, другие выступают за симметричный двойной критерий пропорциональности, когда «реализация фундаментальной свободы представляет собой законную цель, которая может ограничивать основные права и наоборот» (р. 189). Так, Фон Богданди, утверждает, что основные экономические принципы, положенные в основу Общего рынка ЕЭС, сдерживают национального законодателя, но не Суд ЕС. Согласно этой точке зрения, европейский законодатель может использовать вторичное право для исправления судебной практики ЕС, интерпретирующей содержание и применение основных экономических свобод. Другие авторы, например, Т. Кингрин (Т. Kingreen), К. Мортельманс (К. Mortelmans), К. Соренсен

(K. Sørensen) (<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/can-we-make-the-european-fundamental-freedoms-less-constraining-a-literature-review/6F9DBF5E9396468CA9A7D38F2E43BA16-fn43>), утверждают, что основные экономические свободы связывают европейского законодателя менее жестко, чем они связывают законодателей государств-членов. Однако есть и иное мнение, к примеру, В. Френце (W. Frenz) выступает за поддержку строгого применения существующих правил, гарантирующих эти свободы.

М. Хёпнер и С. Шмидт обращают внимание на то, что анализ реализации основных экономических свобод свидетельствует о том, что Суд ЕС формирует содержание вторичного права и доминирующей является тенденция, когда Суд изменяет правила политической игры и часто направляет вторичное право в определенном направлении.

Сконцентрировав большую часть своего исследования на характеристике возможных вариантов реформ судебной системы ЕЭС, М. Хёпнер и С. Шмидт отмечают следующее.

Прежде всего они подчеркивают важность институциональных реформ Суда ЕС, которые имеют давнюю традицию и всегда активно поддерживаются как наиболее эффективный процесс, направленный на расширение юрисдикции Суда ЕС и создание в его рамках дополнительных судебных инстанций, обладающих особыми полномочиями. Кроме того, предлагают варианты создания специализированных судов (палат), в частности палаты, по социальным вопросам.

Дискуссия о таких идеях возродилась после решения Конституционного суда Германии о программах покупки активов Европейского центрального банка в 2020 г. В частности, предлагалось изменить полномочия и некоторые элементы юрисдикции Суда ЕС, с тем чтобы представить альтернативные институциональные варианты проверки его решений. Данные предложения направлены на исключение ситуаций, оказывающих негативное воздействие на государства-члены. Встречаются в научной литературе и предложения по созданию межправительственных апелляционных судебных органов, которые могли бы защитить статус-кво регулятивной компетенции государств-членов.

По мнению М. Хёпнер и С. Шмидта, опыт прошлого реформирования Суда ЕС, когда было лишь удвоено число судей и упразднен Трибунал по гражданской службе в качестве специализированного суда, сдерживает энтузиазм государств-членов в отношении дальнейших переговоров о реформировании судебной системы и, как следствие, делает данный вариант реформ достаточно прозрачным для реализации (р. 193–195).

Особый интерес представляет такой вариант реформы судебной системы ЕЭС, как *деконституционализация европейского права*.

Импульсом для развития идей в данном направлении стала серия так называемых постановлений Саланж (Solange) вынесенных Конституционным судом Германии об ограничениях европейского превосходства. С одной стороны, указанные решения обострили вопрос о том, кто является последним арбитром конституционности в Европе, с другой стороны, они стали важным стимулом для Суда ЕС к развитию собственной позиции по основным экономическим правам.

Определение того, что считать первичным, а что вторичным правом в сфере основных экономических свобод, является целью рассматриваемого варианта реформ. Суть ее состоит в том, чтобы в условиях, когда национальные рыночные правила больше не могут обеспечить защиту законодательной автономии, сохранить возможность пересмотра толкования фундаментальных экономических свобод национальными органами государственной власти всякий раз, когда Суд ЕС интерпретирует эти свободы так, что их содержание становится слишком широким.

Таким образом, эффективность данного варианта реформы судебной системы ЕЭС, по мнению М. Хёпнер и С. Шмидта, требует значительных уступок со стороны Суда ЕС, что может стать положительным результатом (р. 196–197).

В качестве еще одного варианта реформ рассматривается *восстановление баланса между основными экономическими свободами и социальными правами*.

В связи с этим ученые предлагают принять Протокол социального прогресса, который был разработан Европейской конфедерацией профсоюзов (European Trade Union Confederation, ETUC). Основная цель предложения состоит в том, чтобы обеспечить, с

одной стороны, национальную автономию, с другой стороны, возможность коллективных переговоров по вопросам согласованности основных экономических свобод, гарантируемых в Европейском союзе. Решающее значение для этого имеет ст. 3 Договора, закрепляющая положение о том, что «ничто в договорах, в частности экономические свободы, не имеет приоритета над основными социальными правами. В случае конфликта основные социальные права имеют приоритет» («Nothing in the treaties, in particular economic freedoms, shall have priority over fundamental social rights. In case of conflict fundamental social rights shall take precedence»).

Таким образом, данное положение обосновывает наличие иерархии между основными экономическими свободами и социальными правами и направлено на то, чтобы поставить последние выше первых. Критики такого рода варианта реформ утверждают, что сторонники этого предложения стремятся создать суперфундаментальные права, которые будут защищены европейским законодательством. Суть этого варианта реформы, по мнению М. Хёпнер и С. Шмидта, заключается в том, чтобы склонить партнеров по Договору к политическому регулированию сферы применения экономических свобод на национальном уровне, а не оставлять определение исключений на усмотрение судей. Для этого государствам – членам ЕЭС предлагается составить перечень полномочий, которые останутся вне их сферы действия, или, возможно, еще лучше, написать список того, что останется на внутригосударственном уровне. Отличительной особенностью данного варианта реформ в рамках ЕЭС является необходимость внесения изменений в учредительный Договор (р. 198–200).

Оспаривание чрезмерной конституционализации нового публичного правопорядка в современной Европе как одного из направлений реформирования в сфере интеграции ЕС основано на уже существующей системе субъектов, обладающих правом оспаривать чрезмерное расширение Судом ЕС правил Общего рынка, устоявшихся в рамках существующей системы первичного права. Среди них – судьи Суда ЕС, другие субъекты многоуровневой европейской судебной системы и европейский законодатель. Более вероятно, что импульсы к переменам обусловлены расширением европейской судебной системы. Суд ЕС зависит от интегрированной европейской судебной системы, в которой национальные суды

обладают правом направлять запросы о толковании европейского права. Это право они активно реализуют, с тем чтобы получить разъяснительный документ (*acte claire*), необходимый для применения европейского права наряду со своим национальным законодательством. Несмотря на отсутствие данных о практике применения права ЕС в национальных судебных разбирательствах, в литературе отмечается, что запросы о толковании европейского права сильно различаются между государствами-членами. В общем, такие обстоятельства мотивируют ученых высказывать предложения о целесообразности создания системы повышения квалификации судей, с тем чтобы обеспечить единообразное применение Договора на всей территории ЕЭС. Кроме того, высказываются предложения о том, чтобы включить конституционные суды в европейскую судебную систему, с тем чтобы создать правовой инструмент, способный оградить европейские основные экономические свободы от политического контекста, в том числе за счет того, что Суду ЕС придётся признавать и учитывать решения национальных конституционных судов.

Таким образом, преодоление чрезмерной конституционализации правил Общего рынка связано с ответственностью, возлагаемой на Европейский союз. Тем не менее, если законодатель ЕС и национальные суды не слепо признают верховенство европейского прецедентного права, а критически относятся к его значению для политического порядка на европейском уровне и на уровне государств-членов, расширительное толкование основных экономических свобод может быть оспорено (р. 201–203).

В заключение своей статьи М. Хёпнер и С. Шмидт обращают внимание на то, что первой попыткой начать дискуссию о чрезмерной конституционализации правил Общего рынка стала «Белая книга Комиссии о будущем Европы», опубликованная в 2017 г. Дискуссии, последовавшие за «Белой книгой», были почти полностью сосредоточены на распределении политических полномочий между ЕЭС и его членами. Однако ЕЭС действует не только путем принятия законов. Дискуссия по большей части оставалась безмолвной в отношении европейских действий, которые происходят за спиной европейских и национальных законодателей. Конституционализация нового публичного правопорядка в современной Европе и широкое толкование европейских экономи-

ческих свобод являются причинами, почему так много европейских *де-факто* политических моментов определяется судьями. Вместо того чтобы просто настаивать на «большей интеграции», этот вид активности ограничивает политический выбор в областях, имеющих лишь скромное значение для европейской интеграции. Это также подрывает мажоритарное принятие решений и, следовательно, политическое участие. Варианты реформ судебной системы ЕЭС различаются по степени их убедительности и вероятности реализации. По мнению М. Хёпнер и С. Шмидта наиболее перспективными концепциями реформы являются ограничение возможностей расширительного толкования, осуществляемого Судом ЕС, основных экономических прав, а также надзор со стороны судов государств-членов и более смелая политическая проверка «жесткости фундаментальной свободы» европейского вторичного права.

И.А. Алешкова

УДК 340.5, 342

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.04

СКУРКО Е.В.¹ «МЯГКОЕ ПРАВО» ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ. (Обзор).

Аннотация. Анализируются теоретические представления о «мягком праве» в Европейском союзе, а также практика применения инструментов «мягкого права» в правовом регулировании, вопросы легитимности и эффективности «мягкого права» в ЕС. Сегодня инструменты мягкого права составляют около 10% в массиве законодательства ЕС, роль мягкого права в правовом регулировании растет. Вместе с этим возникают проблемы в связи с использованием инструментов мягкого права в Европе, наиболее актуальные из которых представлены в данном обзоре.

Ключевые слова: Европейский союз; правовое регулирование; мягкое право; социальная политика; COVID-19.

SKURKO E. V. «Soft law» of the EU: Some issues of its application (Review).

Abstract. The article presents an analysis of theoretical concepts of ‘soft law’ in the European Union, as well as the practice of using ‘soft law’ tools in legal regulation, the issues of legitimacy and effectiveness of ‘soft law’ in the EU. Today, soft law instruments account for about 10% of the EU legislation, and the role of soft law in legal regulation is growing. At the same time, problems arise in connection with the use of soft law instruments in Europe, the most relevant of which are presented in this review.

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

Keywords: European Union; legal regulation; soft law; social policy; COVID-19.

Инструменты мягкого права сегодня составляют около 10% законодательства ЕС. Использование мягкого права в европейском праве восходит к 1962 г., когда Европейская комиссия выпустила «Рождественские уведомления» («Christmas notices») – уведомления об эксклюзивных договорах с коммерческими агентами и о патентно-лицензионных соглашениях [2, р. 3]. В обзоре представлен анализ теории и практики применения инструментов «мягкого права» в ЕС.

Авторский коллектив, представляющий Школу права Королевского колледжа Лондона, в исследовании о европейском «мягком праве» в правовом порядке ЕС показывает, что до 1968 г. обращение к инструментам «мягкого права» в системе Европейских сообществ было редкостью. С тех пор, однако, его роль и значение возрастали, а инструментарий стал довольно часто использоваться Европейской комиссией. Одним из ранних примеров применения мягкого права в Европейских сообществах является коммюнике по решению Кассис де Дижон (Communication on the Cassis de Dijon judgment), подтверждающее принцип признания решений, принятых Судом Европейского союза (Суд ЕС). В «Белой книге» Европейской комиссии 1985 г. предусматривалось расширение применения «мягкого права» в ЕС, и количество инструментов мягкого права, а также разнообразие областей, в которых они используются, значительно увеличилось с 1989 г., – т.е. после принятия Маастрихтского договора [2, р. 3].

В последнее время на уровне ЕС в целом сложились самостоятельные «мягкие» механизмы регулирования: начиная со сферы экономической политики, «модель координации мягкой политики», или «открытый метод координации», были институционализированы в таких секторах, как занятость и социальная политика [2, р. 4].

В европейских исследованиях понятие «мягкое право» («soft law») определяют, зачастую, перечисляя ряд не имеющих обязательной юридической силы документов, таких как рекомендации, кодексы поведения и резолюции, и указывают на неопределенность, связанную с их правовыми последствиями. Сходным обра-

зом, «мягкое право» определяют, противопоставляя его «жесткому праву» («hard law») ЕС, которое вытекает из договоров и нормативных правовых актов ЕС, – как это предусмотрено договорами ЕС. Таким образом, европейское «жесткое право» определяется как имеющее обязательную юридическую силу, оказывающее общее и внешнее по отношению к государствам-членам регулирующее воздействие, принимаемое институтами ЕС в соответствии с установленными процедурами, – тогда как, соответственно, «мягкое право» состоит из рекомендаций, позиций, мнений и других инструментов, не упомянутых в договорах ЕС, например: коммюнике, уведомлений, руководящих принципов и пр. [2, р. 9].

Однако в последнее время некоторые исследователи всё более склоняются к мнению, что в системе ЕС невозможно выстроить классификацию законодательства Союза, которая позволяла бы четко разграничить «жесткое» и «мягкое» право, в том числе путем указания того, какое «мягкое» право «вытекает из европейской интеграции» и т.п. Так, если опираться на концептуализацию правовой нормы по двум критериям – характеру обязательства, вытекающего из нормы, и характеру обеспечения исполнения нормы, – обязательство может быть как «жестким», так и «мягким» (что, в свою очередь, зависит как от источника, так и от содержания нормы); исполнение является «жестким», если обеспечивается принудительно, может рассматриваться в судебном порядке или по иной подобного рода процедуре, – и является «мягким» в отсутствие принудительного исполнения, например, при условии использования альтернативных средств урегулирования и разрешения споров, и т.п. Если признать, что «жесткое» право состоит из норм, которые состоят из «жестких» правил и мер ответственности, к «мягкому» праву следует отнести всё остальное (за исключением, пожалуй, неюридических норм, которые не содержат никаких требований и не имеют юридической силы [2, р. 11]).

Каков же в таком случае практический смысл «мягкого права» в ЕС? Исследователи полагают, что практические последствия «мягкого права» включают преобразования, которые «мягкое право» может вызвать в поведении и практике государств-членов и институтов ЕС. «Мягкое право» может привести к изменению политики, но – главное – способно вызывать более тонкие изменения

на уровне дискурса, понимания и политических принципов [2, р. 22].

Значение «мягкого права» для правовой сферы ЕС, его «правовые последствия», специалисты, как правило, видят в способности правовых инструментов ЕС изменять права и обязанности субъектов. Так, «правовые последствия» европейского «мягкого права» могут состоять из обеспечения нормативной основы для будущих переговоров и для потенциальных споров или конфликтов; связывания органа, принимающего закон, с межведомственным соглашением; конкретизации обязанности институционального сотрудничества; создания ожиданий того, что орган, принимающий закон, будет соблюдать правила, изложенные в документе мягкого права; оказания сдерживающего воздействия на несоответствующее поведение государства или учреждений; влияния на законные права и обязанности третьих лиц. Кроме того, «мягкое право» может влиять на национальное и европейское законодательство, выражая общие принципы законодательства ЕС, интерпретируя положения «жесткого» права и служа правовой основой для развития национального законодательства государств – членов ЕС. В суде положения «мягкого права», в частности, могут использоваться в процессе судебного разбирательства, служить в качестве вспомогательного средства при толковании положений «жесткого» права и др. [2, р. 24–25].

Вместе с тем инструментарий рассматриваемого права не всегда оказывается оптимальным для решения тех или иных задач общественного развития, в том числе в рамках и на уровне ЕС. Так, Джакомо Паффарини из Университета Перуджи обращается к проблеме гарантий социальных прав в ЕС – с точки зрения поиска оптимального сочетания средств так называемого «мягкого» и «жесткого» права при осуществлении правового регулирования [3].

По мнению Дж. Паффарини, после Лиссабонского саммита ЕС 2009 г. вопрос о гарантиях основных прав человека в ЕС приобрел новый оттенок. Важную роль в этом сыграли местные экономические интересы и массовые социальные протесты. Сегодня органы ЕС – с привлечением транснациональных корпораций – продолжают разрабатывать основы для развития европейской интеграции на перспективу. В частности, можно наблюдать суще-

ственный сдвиг, который происходит от синтетического набора принципов, – как те, например, которые установлены в Хартии основных прав ЕС (EU Charter of Fundamental Rights), – к глубоко техническому и подробному нормативному производству. Развитие правового регулирования в вопросах безопасности и здоровья на рабочем месте является одним из наиболее показательных примеров. Отнюдь не ставя под сомнение несбалансированность позиций сторон в современных трудовых отношениях, европейская стратегия защиты работников отходит от принципов добровольного следования правилам и процедурам – со стороны работодателей – к инструментам «мягкого права». Прежде правовая доктрина ЕС описывала создание многоуровневой архитектуры институтов в сфере труда и трудовых отношений, в том числе реализуемой по принципу управления «сверху вниз»; недавно стал внедряться подход по установлению общих организационных стандартов, связанных с конкретной системой корпоративного управления, для обеспечения лучшей системы гарантий со стороны бизнеса в сфере соблюдения основных прав человека [3, p. 70].

Показательным примером продвижения правового регулирования посредством «мягкого права» и тем самым влияния на деятельность корпораций, в том числе в аспекте трудовых отношений, выступает Программа корпоративной социальной ответственности ЕС (Corporate Social Responsibility Program) (CSR), к которой может добровольно получить доступ и присоединиться любое предприятие (в том числе в сфере услуг). Программа требует адаптации к ряду нормативных профилей, среди которых некоторые касаются безопасности и гигиены труда на рабочем месте.

Идея о том, что корпорациям следует взять на себя некоторые социальные обязательства, была выдвинута и в основном продвигалась неправительственными организациями в целях потребовать поддержания глобальной конкуренции на «этически оправданном уровне».

Концепция «корпоративной социальной ответственности» несколько раз излагалась от лица европейских институтов. В частности, есть ряд документов, предлагающих понятия и определения в указанной связи – и все они относятся к области «мягкого права» (в форме так называемых «коммунике» от Еврокомиссии Европейскому парламенту – «Communications from the Commission to

the European Parliament)). Например, один из таких документов представлен в «Зеленой книге» под названием «Содействие созданию европейской основы корпоративной социальной ответственности», в которой говорится, что «быть социально ответственным означает не только соответствовать правовым ожиданиям, но и выходить за рамки простого соблюдения предписаний и инвестировать больше в человеческий капитал, окружающую среду и отношения с заинтересованными сторонами» – и т.п. [3, р. 81].

Ряд корпораций в ЕС сегодня добровольно принимают стандарты CSR, что можно считать в своем роде интеграцией правил, разработанных государствами, в корпоративное управление, и, в данном случае, направленными на повышение уровня безопасности и охраны здоровья на рабочем месте. Эталонным стандартом в данном вопросе является Международный стандарт социальной ответственности 8000 (Social Accountability 8000 International Standard – SA 8000), который был разработан в 2008 г. и в который впоследствии вносились изменения. Данный стандарт содержит правила и рекомендации, предложенные экспертами Международной организации социальной ответственности (Social Accountability International – SAI) – многосторонней организации, в состав которой входят, в том числе, ЕС, а также большинство промышленно развитых стран, – которая провела исследование наиболее сложных элементов, касающихся взаимоотношений между гражданским обществом, окружающей средой и предприятиями. В разработанном стандарте значительное внимание уделяется понятиям и определениям, а также процедурам и организации управления в корпорации или на предприятии, соблюдение которых необходимо для получения сертификата «социальная ответственность» предприятия. Для добровольной сертификации предприятию необходимо соответствовать критериям по таким разделам стандарта, как детский труд; принудительный и обязательный труд; охрана здоровья и безопасность; свобода ассоциации и право на заключение коллективных договоров; дискриминация; дисциплинарная практика; рабочее время; вознаграждение; система управления и т.п. [3, р. 82].

В целом, по мнению Дж. Паффарини, можно утверждать, что в последнее время социальные процессы, в том числе новые тенденции в сфере охраны труда, приводят к возникновению но-

вых эффективных правовых моделей. Однако следует отметить, что для современных предприятий существенный ряд проблем возникает в связи с ростом правового плюрализма, когда корпорациям всё чаще приходится разрешать неопределенности, возникающие в результате умножения систем регулирования в трудовой сфере – на разных уровнях, из разных источников, различной юридической силы [3, p. 84].

Проблеме эффективности и легитимности инструментов «мягкого права» ЕС в условиях пандемии COVID-19 посвящена работа М. Элиантонио и О. Штефан, сотрудников Университета Маастрихта и Королевского колледжа в Лондоне [1].

Авторы подчеркивают, что инструментарий «мягкого права» ЕС помогает справляться с кризисом COVID-19 на уровне ЕС. Инструменты «мягкого права», как отмечалось выше, обычно определяются как правила поведения, которые не имеют юридической силы, но могут иметь юридические и практические последствия. В связи с пандемией COVID-19 в ЕС эти инструменты используются с марта 2020 г. для определения чрезвычайных мер в большинстве стратегий ЕС. В таких секторах, как защита конкуренции и государственная помощь, последствия кризиса в области здравоохранения решались исключительно с помощью средств «мягкого права». Временные меры по поддержке экономики в контексте коронавирусного кризиса (Temporary Framework to support the economy in the context of the coronavirus outbreak (2020)) были приняты Еврокомиссией в первые дни пандемии и определили условия, при которых должен быть предпринят существенный объем мер и мероприятий на уровне государств ЕС на общую сумму около 3 трлн евро. В целом, средствами «мягкого права» ЕС в условиях пандемии были установлены общие подходы по таким вопросам, как ограничения свободного передвижения, труд сезонных работников в ЕС, представлены рекомендации, как восстановить транспорт и туризм, и др. [1, p. 159].

Однако, как показывает опыт предыдущих кризисов в ЕС, переход к «мягкому праву» сопряжен с тем, что в жертву ему частично может приноситься принцип верховенства права; сомнителен, кроме того, «демократический мандат» «мягкого права». Поскольку кризис законности не желателен во все времена, М. Элиантонио и О. Штефан проводят мысль о том, что расши-

ренное обращение к «мягкому праву» в ЕС – в условиях кризиса COVID-19 – может в итоге привести к возвращению к «мрачному прошлому Европы», выступить, в результате, самобытной угрозой европейской интеграции в принципе.

В представленной работе авторы оценивают законность инструментов «мягкого права» ЕС в условиях COVID-19: обращаются к анализу процедур «мягкого законотворчества» в соответствующий период, а также круга лиц, которые были к этому привлечены – и др. [1, р. 160]

Исследование М. Элиантонио и О. Штефан показало, что использование «мягкого права» для решения кризисных ситуаций, таких как COVID-19, представляет еще более острую опасность для демократии в ЕС. «Мягкое право», получившее высокую оценку за гибкость и быстроту процедур принятия, как правило, набирает довольно низкие баллы в отношении прозрачности и открытости обозначенных процедур. Так, эмпирические данные подтверждают, что в условиях кризиса COVID-19 в ЕС документы принимались практически без участия Европейского парламента и с минимальными и несистематическими консультациями с заинтересованными сторонами, национальными властями и научными органами [1, р. 170].

Постольку поскольку «мягкое право» не является юридически обязательным, его принудительное исполнение через суды или Еврокомиссию крайне затруднительно, – и, в таких случаях, крайне важно заручиться доверием населения, чтобы обеспечить добровольное соблюдение правил и документов, принятых в форме «мягкого права». Одним из способов приобрести доверие общественности признается институциональная открытость при принятии соответствующих актов и документов, понимаемая как требование прозрачного информирования общественности о различных правилах и процессах, с одной стороны, а также прямое участие общественности в выработке таких решений, – с другой. Кроме того, важные гарантии верховенства права, такие как парламентский и судебный контроль, имеют решающее значение для эффективности чрезвычайных мер. Действительно, исследования по различным государствам – членам ЕС показывают, что прозрачные подходы к борьбе с пандемией являются более успешными [1, р. 172].

Сегодня для ЕС, с точки зрения М. Элиантонио и О. Штефан, важно сосредоточиться на разработке и принятии решения для будущих кризисных ситуаций и мер, возможно, путем принятия комплексного «жесткого» законодательного акта, в котором будут регулироваться различные чрезвычайные ситуации. Очевидно, что меры по борьбе с пандемиями должны приниматься оперативно. Тем не менее можно было бы в законодательстве ЕС установить сокращенные сроки для консультаций с заинтересованными сторонами и оперативного участия Европарламента и национальных парламентов в разрешении возникающих проблем, например, с помощью срочных процедур и др., тем более что примеры государств-членов свидетельствуют об успешном участии национальных парламентов в преодолении кризиса COVID-19 [1, р. 174].

Список литературы

1. Eliantonio M., Stefan O. The elusive legitimacy of EU soft law: An analysis of consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU // *European journal of risk regulation*. – Cambridge, 2021. – Vol. 12, N 1 : Special Issue on COVID-19 and Soft Law. – P. 159–175. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/elusive-legitimacy-of-eu-soft-law-an-analysis-into-consultation-and-participation-in-the-process-of-adopting-covid19-soft-law-in-the-eu/ED1F587B4FEBFD593C010F81833F5A3C> (дата обращения: 15.05.2021).
2. EU soft law in the EU legal order : A literature review / Stefan O.A., Avbelj M., Eliantonio M., Hartlapp M., Korkea-aho E., Rubio N. – 2019. – 46 p. – URL: <https://ssrn.com/abstract=3346629> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3346629> (дата обращения: 15.05.2021).
3. Paffarini J. Social rights between hard and soft law: a case study from European Union // *Revista juridica*. – Curitiba, 2020. – Vol. 1, N 58. – P. 68–87.

ЧЕТВЕРНИНА А.В.¹ СУДЕБНАЯ И Внесудебная защита в контексте многоуровневого административного пространства Европейского союза. (Обзор).

Аннотация. Обзор подготовлен на основе публикаций серии статей в специальном выпуске Немецкого юридического журнала (German law journal. 2021. Vol. 22, N 3). В нем рассматривается комплекс судебных и внесудебных проблем, возникающих в сложной многоуровневой административной структуре ЕС. Основное внимание уделяется механизмам горизонтального и вертикального административного сотрудничества, а также новым моделям регулирования, «порождающим» транснациональные административные акты и системы взаимного признания, а также многоуровневым инспекционным мероприятиям, проводимым для обеспечения соблюдения законодательства ЕС.

Ключевые слова: административная система Европейского союза; администрирование; европейское административное управление; разделение юрисдикции; судебная и внесудебная защита.

CHETVERNINA A.V. Judicial and non-judicial protection in the context of the multi-level administrative space of the European Union (Review).

Abstract. The review is based on the publications of a series of articles in a special issue of the German Law Journal (German law journal. 2021. Vol. 22, N 3). It examines the complex of judicial and non-judicial problems that arise in the complex multi-level administrative structure of the EU. The main focus is on mechanisms of horizontal

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

and vertical administrative cooperation, as well as new regulatory models that «generate» transnational administrative acts and mutual recognition systems, as well as multi-level inspection activities carried out to ensure compliance with EU legislation.

Keywords: administrative system of the European Union; administration; European administrative management; division of jurisdiction; judicial and extrajudicial protection.

Введение

В системе исполнительного федерализма, установленной учредительными договорами, именно государства – члены ЕС несут основную ответственность за реализацию законодательства ЕС на национальном уровне. Случаи централизованного администрирования являются исключением в более широкой административной структуре ЕС. Помимо прямого и косвенного администрирования, появляется всё больше форм совместного администрирования, когда национальные власти государств – членов ЕС и органы ЕС сотрудничают с различной интенсивностью, различными способами при осуществлении законодательства ЕС. В этом контексте формируется многоуровневая система взаимодействия, охватывающая различные уровни – местный, региональный, национальный и европейский. В этой многоуровневой структуре административные органы взаимодействуют и сотрудничают с целью введения в действие законодательства ЕС. В то же время законодательство ЕС направлено на формирование системы «транснационального управления», способствует тому, чтобы административные правила действовали в пределах его территории.

Основное внимание авторов специального выпуска Немецкого юридического журнала (*German law journal*) сконцентрировано на изучении судебных и внесудебных проблем, возникающих в этой сложной и многоуровневой системе взаимодействия стран – членов ЕС.

Исходной позицией является констатация факта, что административное взаимодействие в ЕС является многоуровневым и межуровневым, вытекающим из вертикального взаимодействия между ЕС и национальными органами власти, с одной стороны, а также из горизонтального взаимодействия между самими нацио-

нальными органами власти – с другой. В рамках многоуровневых действий ЕС могут приниматься решения, затрагивающие физических и юридических лиц, которые не могут быть эффективно пересмотрены в судебном порядке. Однако отсутствие практики и общих стандартов в области внесудебного взаимодействия может негативно отразиться на эффективности политики ЕС в целом.

Механизмы взаимодействия в европейском административном пространстве. Система совместного администрирования присутствует практически во всех областях политики ЕС, хотя и в различных формах и масштабах, например, если речь идет о законах о конкуренции, о защите данных, о распределении средств на политику предоставления убежища или о системе выдачи разрешений на производство фармацевтических продуктов или продукции, содержащей ГМО. В данном специальном выпуске журнала это разнообразие представлено. Однако перед авторами не стояла задача дать всеобъемлющий анализ системы совместного управления в ЕС и ее судебных и несудебных проблем. Напротив, авторы стремились выйти за рамки конкретных областей и рассмотреть происходящие события в более широком контексте – через призму многоуровневой и межуровневой административной структуры ЕС. В журнале освещается достаточно широкий круг вопросов и современных проблем: быстро развивающаяся парадигма принятия транснациональных административных актов [2], формирование механизма взаимного признания в европейском административном пространстве [5], механизмы сотрудничества в инспекционной деятельности [3] и в области «ненадлежащего управления» [1].

В двух тематических кейсах проблемы, связанные с реализацией законодательства ЕС, исследуются через вертикальное и горизонтальное административное взаимодействие. В статье Р. Лансейро и М. Эпиантонио [6] рассматриваются механизмы процедурного административного взаимодействия между судебными органами разных стран ЕС в области выдачи разрешений на использование продуктов, потенциально представляющих риски для здоровья человека или для окружающей среды, а также проблемы осуществления надзора и судебного контроля в процессе выдачи разрешений. Второй кейс, представленный в статье Н. Вавула [7], связан с политикой предоставления убежища и необходимостью административного взаимодействия между странами

при распределении просителей убежища в соответствии с Дублинским регламентом, а также с необходимостью распределения ответственности между странами – членами ЕС за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища. Особое внимание в этой статье уделяется вопросу, обеспечивает ли Дублинская система эффективные судебные и административные средства правовой защиты при введении в действие многосторонних сетевых связей, а также горизонтальный и вертикальный обмен информацией между странами – членами ЕС.

В представленных материалах специального выпуска журнала выделяется ряд *общих тем*. Одна из них – *принципы эффективной судебной защиты*. Именно императив эффективной судебной защиты побуждает авторов поднимать вопросы о необходимости «смягчения границ» с точки зрения пересмотра транснациональных актов, уделять пристальное внимание различным формам взаимного признания и возникающим в связи с этим проблемам судебного пересмотра, выявлять пробелы в пересмотре процедур в области обмена информацией в рамках системы предоставления убежища в ЕС или в области многоуровневой инспекционной деятельности.

Вторую «общую тему», так или иначе присутствующую в работах, можно сформулировать следующим образом. В рамках многоуровневого и межуровневого европейского административного управления существует «внутренняя напряженность» между требованием эффективной судебной защиты, с одной стороны, и системой разделения юрисдикции и принципом территориальности – с другой. Системой разделения юрисдикции, основанной на строгом соблюдении традиционной доктрины федерализма со стороны исполнительной власти. Это требует, чтобы судебный орган, компетентный рассматривать административный акт, в рамках процедур взаимодействия между органами ЕС и государствами – членами ЕС, принадлежал системе, к которой относится этот процедурный акт. В то же время, принцип территориальности, применимый в процедурах взаимодействия между национальными властями, основан на суверенитете государств – членов ЕС, не позволяет судебной инстанции пересматривать действия, приписываемые властям другого суверенно равного государства-члена. Авторы утверждают, что, *хотя интеграция процесса принятия*

решений является реальностью практически во всех областях политики ЕС, судебная дезинтеграция по умолчанию часто может противоречить требованию эффективной судебной защиты.

Еще одна общая тема, присутствующая в авторских работах, связана с проблемами в области *вертикального и горизонтального взаимодействия стран – членов ЕС*. К менее изученной области авторы относят горизонтальное их взаимодействие, которое недостаточно урегулировано европейским законодательством в сравнении с вертикальным взаимодействием. Горизонтальное взаимодействие и транснациональный характер действий и решений исследуются в статьях Э. Шевалье и О. Дюбо [2], Л.А. Хименес [5], Н. Вавула [7]. В них рассматривается проблема ограничений в деятельности так называемых «судов назначения»; приводятся примеры «неопределенности в толковании закона происхождения», с которой могут столкнуться «суды назначения».

Э. Шевалье и О. Дюбо отмечают вероятность того, что несколько судов одновременно могут исходить из принципа обладания юрисдикцией для пересмотра административного акта. Это влечет за собой риск возникновения противоречий в оценке законности административного акта [2].

Обсуждение внесудебных проблем выдвигает на первый план проблемы, возникающие в результате *вертикального сотрудничества*. Если случаи ненадлежащего управления имеют место на национальном уровне и если полномочия Европейского омбудсмена на них не распространяются, то возникает вопрос, не налагает ли это обязанность на европейские и национальные бюро омбудсмена находить подходящие формы сотрудничества при соблюдении их соответствующих полномочий?

Еще одна тема, неявно присутствующая в статьях журнала, это «*вопрос доверия*». В первую очередь он имеет непосредственное отношение к *транснациональным административным актам и системе взаимного признания*. Более подробно этот вопрос освещается в статье Н. Вавула [7]. Автор ставит под сомнение наличие «презумпции доверия» в административной практике государств – членов ЕС и отмечает рост напряженности между доверием и эффективной судебной защитой. Свою позицию Н. Вавула обосновывает примерами использования в государствах – членах

ЕС административной процедуры регистрации отпечатков пальцев для просителей убежища в информационной системе Eurodac¹.

Хотя Дублинская система занимается защитой основных прав просителей убежища, но национальные суды в этом не очень заинтересованы. В результате существующих средств правовой защиты явно недостаточно для удовлетворения потребностей просителей убежища. Поэтому Н. Вавула предлагает провести более тщательное расследование отдельных дел как национальными администрациями, так и судами, что в конечном итоге приведет к принятию более эффективных административных решений, росту межгосударственного доверия, а также к сокращению числа пересмотренных административных решений национальных судов [7].

Административные проверки и судебный контроль. В юридической литературе особое внимание традиционно уделяется инспекционным полномочиям Европейской комиссии, которая осуществляет конкурентные разбирательства. Однако в последние десятилетия полномочия для проведения административных проверок были расширены и предоставлены многим учреждениям и агентствам ЕС. Так, инспекционными полномочиями были наделены Европейское управление по борьбе с мошенничеством, Европейский центральный банк, Европейское управление по ценным бумагам и рынкам, Европейское агентство по авиационной безопасности, Европейское агентство по контролю за рыболовством. Однако, по мнению, М. Де Беллис [3], несмотря на расширение круга структур, обладающих полномочиями для проведения проверок, существующие средства правовой защиты по-прежнему не соответствуют критериям, установленным Страсбургским судом с точки зрения обеспечения полного и эффективного судебного контроля в отношении проверок. Так, инспекционные полномочия могут оказать решающее влияние на основополагающее право на неприкосновенность жилища, признанное судом в качестве общего принципа законодательства ЕС и защищенное ст. 8 Европейской конвенции по правам человека, а также ст. 7 Хартии основных прав ЕС о праве на частную жизнь. В связи с этим, предлагается

¹ Европейская дактилоскопия (Eurodac) – база данных отпечатков пальцев Европейского союза для идентификации лиц, ищущих убежища, и лиц, незаконно пересекающих границу

пересмотреть средства правовой защиты основных прав и ответить на вопрос, существует ли система судебного контроля за осуществлением инспекционных полномочий органов ЕС.

Механизмы взаимодействия в европейском административном пространстве исследуются с разных точек зрения. Складывающаяся глобальная картина представляет собой парадигму регулирования, которая, хотя и существует практически с момента начала европейской интеграции, но до сих пор еще не изучена [4].

И хотя внесудебные формы контроля в европейском многоуровневом административном пространстве ранее уже изучались, но они носили фрагментарный характер. В данном выпуске журнала им посвящена специальная статья Н. Афанасиаду и Н. Вогиацис [1], в которой рассматриваются общие черты и различия между судебными и внесудебными способами взаимодействия.

К быстрорастущей области комплексных проблем добавляются два исследования, касающихся получения разрешений на использование ГМО и просителей убежища. Эти тематические исследования являются достаточно показательными для иллюстрации процедуры со сложной сетью горизонтальных и вертикальных связей между различными национальными субъектами и субъектами ЕС. Эти специальные тематические исследования позволяют выявить *общие закономерности в судебных проблемах, характерных для многоуровневой и межуровневой системы административного взаимодействия в ЕС.*

Еще одна тема данного выпуска журнала связана с проблемами и противоречиями в осуществлении *совместного и транснационального управления.* Речь идет о процессах принятия решений, в которых участвуют несколько юрисдикций, в разные промежутки времени и с разной интенсивностью. Транснациональное управление предполагает «способность» административного акта иметь действенные последствия за пределами территории, на которой находится орган, выпускающий этот акт. Хотя эти два термина могут пересекаться, сложность и длительность процедурного процесса могут привести к принятию транснационального административного акта. Понятие *транснациональных административных актов* уже было разработано в контексте дискуссий, связанных с системой взаимного признания, этот тип актов вполне может выйти за рамки парадигмы взаимного признания. Однако,

как отмечают специалисты, *транснациональное управление* до сих пор не являлось предметом углубленного или специального анализа, несмотря на его значимость для системы европейской административной интеграции [4].

Э. Шевалье и О. Дюбо [2] сосредоточивают внимание на вопросах, связанных с *судебным надзором за транснациональными актами*, которые принимаются в процессе европейской интеграции. Европейский союз рассматривается как привилегированная площадка для разработки административных актов такого типа, в первую очередь из-за наличия разнообразных механизмов административного сотрудничества. Транснациональные административные акты либо в силу процесса их принятия, либо в силу условий их применения регулируются национальными правовыми предписаниями. Поэтому вопрос о возможности судебного пересмотра в контексте транснациональных административных актов является сложным. Так, наличие одного экзогенного элемента может нарушить прямой путь к осуществлению права на доступ к судам, поскольку как определение компетентного суда, так и объем пересмотра, проводимого судом, в отношении которого проводится разбирательство, становятся неопределенными. В статье представлена типология транснациональных административных актов, на основе которой анализируются решения суда, а также дается их оценка с позиции принципов территориальности административного права и права на эффективную судебную защиту. Опираясь на известный принцип эффективной судебной защиты, авторы утверждают, что «мягкость границ административных действий требует смягчения тех, которые окружают систему судебного надзора».

Проблемы судебной защиты в европейском административном пространстве многочисленны и разнообразны. Некоторые из них связаны с тем, что первичное законодательство ЕС претерпевает сложную эволюцию с точки зрения понимания того, как должен осуществляться судебный контроль на наднациональном и на национальном уровнях. Нынешняя конституционная основа судебной защиты ЕС состоит из различных частично перекрывающихся правовых норм с определенным содержанием, структурой и целями. Эта основа по существу построена на распределении исключительной юрисдикции между наднациональными и нацио-

нальными судами, а также на дальнейшем распределении между самими национальными судами.

По мнению Л.А. Хименес [5], *право на эффективную судебную защиту является движущей силой эволюции административного права ЕС*, особенно с учетом многопланового характера европейской административной структуры. Поэтому особое внимание в своей статье автор уделяет пробелам в судебной защите, возникающим в результате взаимного признания в транснациональных взаимодействиях между административными органами государств – членов ЕС. В статье исследуются основополагающее право на эффективную судебную защиту, концепция и формы взаимного признания, а также *понятие европейского административного пространства*. Дается оценка судебной защиты, которую частные стороны могут получить от национальных судов в этих транснациональных сценариях.

Р. Лансейро и М. Эпиантонио [6] переключают внимание на *вертикальное сотрудничество*. Их тематическим исследованием является режим генетически модифицированных организмов (ГМО), который характеризуется как «игровая площадка» для *многоуровневого администрирования*, но в то же время «кошмар» для эффективной судебной защиты. Уровень сложности становится очевидным после тщательного рассмотрения основных правовых документов, касающихся генетически модифицированных продуктов питания и кормов. Отмечается, что общими чертами обеих процедур являются оценка рисков европейским органом по безопасности пищевых продуктов и «наличие различных моментов для предотвращения политической или судебной конфронтации и создания стимулов для достижения консенсуса». Однако это приводит к пробелам в судебной защите, которые существующее постановление Европейского суда может устранить лишь частично.

В большинстве областей политики ЕС *процедурное взаимодействие между национальными администрациями* осуществляется посредством совместного применения комплексных процедур принятия решений, чему способствует постоянный горизонтальный и вертикальный обмен информацией. В контексте политики предоставления убежища административное взаимодействие стран – членов ЕС является необходимым при распределении просителей убежища. Но не только. В соответствии с Дублинским регламен-

том, информация необходима и для распределения ответственности между государствами – членами ЕС за рассмотрение заявлений о предоставлении убежища. Обмен информацией также осуществляется через централизованную информационную систему в масштабах всего ЕС – Eurodac. В статье Н. Вавула [7] рассматривается вопрос о том, обеспечивает ли Дублинская система эффективные судебные и административные средства защиты «просителям убежища», а также анализируется реализация законодательства в сфере Eurodac и Дублинской конвенции через призму административного взаимодействия. Утверждается, что *административное взаимодействие посредством обмена информацией имеет приоритетное значение по отношению к праву на эффективное средство правовой защиты*, что на практике для защиты «просителей убежища» судебных и внесудебных средств правовой защиты недостаточно.

Общие *процедуры проверки* находятся в центре внимания статьи М. Де Беллис [3]. Помимо эффективной судебной защиты, автор уделяет особое внимание неприкосновенности жилища, которая защищена Европейской конвенцией о правах человека и Хартией ЕС об основных правах. Автор опирается также на принципы, разработанные на основе судебной практики Страсбургского суда, и на национальный опыт некоторых государств – членов ЕС. Применяя эти соображения к правовой системе ЕС и анализируя прецедентное право Люксембургского суда, Де Беллис приходит к выводу, что существующие средства правовой защиты не обеспечивают полного судебного контроля, особенно когда эти полномочия используются в контексте сложных процедур.

Некоторые выводы и обобщения

Во всех статьях специального выпуска анализируемого Немецкого юридического журнала кратко или более подробно рассматриваются возможные решения выявленных проблем.

Э. Шевалье и О. Дюбо [2] размышляют о том, как и в какой степени национальный суд может пересмотреть иностранный акт на основании законодательства ЕС. Р. Лансейро и М. Эпиантонио [6] предлагают в качестве решения по устранению некоторых пробелов в судебной защите позволить национальному суду прове-

рять законность действий, предпринятых иностранными властями в целях соблюдения статьи 47 Устава ЕС. М. Де Беллис [3] призывает к принятию мер по отмене решения о проведении инспекций в тех областях, где их невозможно провести и где власти ЕС обладают инспекционными полномочиями. Он также предлагает, Люксембургскому суду обратить более пристальное внимание на судебную практику Страсбургского суда.

Статьи в этом специальном выпуске были направлены на решение проблем, возникающих в многоуровневой и межуровневой административной системе ЕС. Хотя административное вертикальное и горизонтальное сотрудничество является все более распространенной чертой европейского административного пространства, оно по-прежнему заслуживает дальнейшего внимания и научного анализа. Например, исследование взаимосвязи между разделением юрисдикций и принципом территориальности, с одной стороны, и требованием эффективной судебной защиты, с другой стороны, которая пока далека от урегулирования. По мнению М. Эпиантонио и Н. Вогиацис [4], дальнейшего изучения заслуживают проблемы, с которыми сталкивается и сам Суд при устранении «судебных пробелов», неизбежно возникающих в формах вертикального и горизонтального взаимодействия в ЕС. Потенциал для дальнейшего изучения представляют и внесудебные средства контроля, которые могут служить альтернативами для устранения недостатков механизмов судебного контроля.

Н. Вавула приходит к выводу, что национальные суды не заинтересованы в защите основных прав просителей убежища и что эта функция осуществляется только в рамках Дублинской конвенции. В результате существующие средства правовой защиты явно недостаточны для удовлетворения потребностей просителей убежища, автор призывает к более тщательному расследованию отдельных дел как национальными администрациями, так и судами, что в конечном итоге приведет к принятию более эффективных административных решений, росту межгосударственного доверия, а также к сокращению числа пересмотренных административных решений национальных судов [7].

Список литературы

1. Athanasiadou N., Vogiatzis N. The EU Queries: A form of extra-judicial preliminary reference in the field of maladministration? // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 441–465. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.17>
2. Chevalier E., Dubos O. The notion of «transnationality» in administrative law: Taxonomy and judicial review // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 325–343. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.15>
3. De Bellis M. Multi-level administration, inspections and fundamental rights: Is judicial protection full and effective? // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 416–440. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.14>
4. Eliantonio M., Vogiatzis N. Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 315–324. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.18>
5. Jimenez L.A. Effective judicial protection and mutual recognition in the European administrative space // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 344–370. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.12>
6. Lanceiro R., Eliantonio M. The genetically modified organisms' regime: A playground for multi-level administration and a nightmare for effective judicial protection? // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 371–390. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.16>
7. Vavoula N. Information sharing in the Dublin system: Remedies for asylum seekers in-between gaps in judicial protection and interstate trust // German law journal. – 2021. – Vol. 22, Special Issue 3 : Judicial and extra-judicial challenges in the EU multi- and cross-level administrative framework. – P. 391–415. – DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.11>

УДК 340.5, 342, 349

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.06

КОДАНЕВА С.И.¹ ОБЩЕЕВРОПЕЙСКАЯ СИСТЕМА ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ УБЕЖИЩА: ПРИЧИНЫ КРИЗИСА И ЕГО ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ ЕВРОПЕЙСКОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА. (Обзор).

Аннотация. Массовый приток беженцев из стран Ближнего Востока в 2015 г. вызвал кризис Общеввропейской системы предоставления убежища, что спровоцировало европейский конституционный кризис. В настоящем обзоре представлены три статьи, формулирующие существующие проблемы и риски, которые они вызывают для ЕС, а также анализирующие их причины и предпосылки.

Ключевые слова: Общеввропейская система предоставления убежища, конституционная система ЕС, право ЕС.

KODANEVA S.I. Common European asylum system: The causes of the crisis and its consequences for European constitutionalism. (Review).

Abstract. The massive influx of refugees from the Middle East in 2015 caused a crisis in the Common European Asylum System, which provoked a European constitutional crisis. This review presents three articles that formulate the existing problems and the risks they cause for the EU, as well as analyzing their causes and prerequisites.

Keywords: Common European Asylum System; EU constitutional system; EU law.

¹ Коданева С.И., ведущий научный сотрудник отдела правоповедения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Специалисты по международному праву, регулирующему статус беженца, специализирующиеся на практике реализации прав беженцев в ЕС, много лет выявляют и анализируют проблемы построения общеевропейской системы предоставления убежища (Common European asylum system, CEAS). Однако сегодня, после кризиса, начавшегося в 2015 г., они признают, что эта система в том виде, как она была создана изначально, оказалась совершенно не готова к массовому наплыву беженцев из стран Ближнего Востока и Африки. Под этим неожиданным давлением рухнула не только система предоставления убежища, но оно спровоцировало европейский конституционный кризис.

События 2015 г. начались как кризис защиты беженцев, но постепенно они стали угрожать основным принципам управления ЕС, нарушая свободу передвижения, сотрудничество государств-членов, демократию и верховенство закона. Сейчас появляется все больше научных исследований этого кризиса, которые выходят за рамки позитивистских правовых подходов в этой области, обращаясь к междисциплинарности. В настоящем обзоре представлены три статьи, формулирующие существующие проблемы и риски, которые они вызывают для ЕС, а также анализирующие их причины и предпосылки.

Так, К. Кастелло показывает, что существующая система приема беженцев построена таким образом, что те люди, которые бы хотели перебраться в Европу из других стран, фактически лишены возможности сделать это официально, пользуясь относительно недорогими регулярными маршрутами обычного транспорта. В результате им приходится прибегать к помощи контрабандистов, что намного дороже (а следовательно, воспользоваться этими путями могут только те люди, у кого есть на это средства; либо же им приходится влезать в долги) и опаснее для их жизни. Так, по оценкам Международной организации по миграции, в период с 2000 по 2014 г. во всем мире погибло 40 тыс. мигрантов, из них 22 тыс. – в Европе [1, р. 877]. Кроме того, К. Кастелло отмечает, что условия содержания беженцев в так называемых «горячих точках» или «точках доступа» (hotspot) таковы, что унижают человеческое достоинство [2, р. 18].

В результате, как отмечает автор, данная ситуация привела к серьезному кризису верховенства права, что наглядно демонстри-

руется на примере Греции, в которой в 2015 г. были расположены самые массовые «горячие точки». Так, изначально греческие власти принимали решения, как правило, в пользу беженцев, позволяя им остаться на территории Союза.

Преимущественно эти решения принимались специальными апелляционными комитетами. Однако постепенно этот подход стал меняться под давлением ЕС. Кроме того, поскольку пограничная служба Греции не справлялась с потоком беженцев, в «горячие точки» прибыли представители нескольких европейских органов – Европейского агентства поддержки лиц, претендующих на получение убежища (European Asylum Support Office – EASO)), Агентства ЕС по безопасности внешних границ (the European Border and Coast Guard Agency – Frontex), Европола и Евроюста, которые были призваны оказывать оперативную помощь местным властям, включая регистрацию и идентификацию беженцев, оценку правомерности требования о международной защите, на основании которой принимается решение о направлении в «третью безопасную страну».

Изначально вопросы предоставления убежища в ЕС регламентировались, исходя из теории федерализма исполнительной власти: государства-члены должны были формировать общую европейскую систему предоставления убежища (CEAS) в основном за счет использования своих собственных ресурсов. Реализация общей политики обеспечивается в первую очередь за счет правовой гармонизации при содействии Суда ЕС в качестве авторитетного толкователя законодательства ЕС. В исключительных случаях возможно вмешательство Комиссии ЕС, которая отслеживает нарушения законодательства ЕС его членами.

Соответственно, общеввропейская система предоставления убежища, закрепленная в Лиссабонском договоре, в значительной степени концептуализировалась как «общая система национальных вариантов»: каждое государство-член несет ответственность за внедрение на национальном уровне согласованных правовых норм, установленных на уровне ЕС. Это следует из ст. 78 Договора о функционировании ЕС, предусматривающей, что государство-член отвечает за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища. Вторичное законодательство ЕС об убежище также содержит нормы, которые налагают конкретные обязанности на государства-члены с целью создания функционирующих и хорошо

обеспеченных ресурсами национальных систем предоставления убежища. Кроме того, не существует системы взаимного признания положительных решений о предоставлении убежища на основе законодательства ЕС, и признанные бенефициары международной защиты не пользуются никакими правами на свободное передвижение за пределами государства-члена, которое выдает вид на жительство.

Однако, как отмечает И. Тсурди, на практике в Греции сформировалась система «общей ответственности», при которой в осуществлении административных функций участвуют как национальные, так и европейские органы. Произошло это из-за активного участия в работе «горячих точек» EASO. В полномочия этого Европейского агентства в соответствии с Положением о нем входит информационный обмен, обучение и выявление рисков, связанных с предоставлением убежища беженцам. Мандат EASO не предусматривает его участия в принятии решений о предоставлении убежища. «EASO не должно иметь прямых или косвенных полномочий в отношении принятия решений органами по предоставлению убежища государствам-членам по индивидуальным заявлениям о международной защите» [3, р. 511]. До сих пор не существует прецедентного права Суда ЕС на прямое или косвенное полномочие в отношении принятия решения по индивидуальному заявлению о международной защите. Однако для обеспечения эффективности этого положения термин «косвенные полномочия» следует толковать как относящийся к участию EASO в процедурах, предшествующих принятию решения. Его мандат также исключает принятие юридически обязательных документов, которые инструктировали бы государства-члены о предоставлении или отклонении отдельных заявок. Положение предусматривает три основных направления деятельности EASO: 1) содействие, координация и укрепление сотрудничества между государствами – членами ЕС (это включает сбор и обмен информацией, разработку общей методологии, а также организацию обучения должностных лиц, при этом государства-члены юридически не связаны выводами, включенными в материалы, подготовленные EASO); 2) поддержка государств ЕС, находящихся под особым давлением, с использованием всех ресурсов, имеющихся в распоряжении EASO (это включает координацию ресурсов, предоставляемых другими

государствами-членами, а также укрепление солидарности между ними); 3) подготовка ежегодных докладов о ситуации с беженцами и разработка руководящих принципов и руководств для органов ЕС.

В рамках второго направления деятельности EASO может предпринять три вида действий: помощь в обработке заявлений о предоставлении убежища; обеспечение наличия необходимых помещений для приема беженцев; развертывание групп поддержки, которые состоят из направленных другими государствами – членами ЕС экспертов, включая переводчиков.

Изначально в Греции деятельность EASO не выходила за указанные рамки. Так, например, данное Агентство привлекало своих грекоговорящих экспертов и переводчиков для проведения собеседований с лицами, обратившимися за убежищем. При этом они действовали под контролем пограничных властей Греции. Однако постепенно функционал экспертов EASO расширялся, и они стали самостоятельно готовить заключения с рекомендациями о предоставлении убежища либо о направлении лица в «третью безопасную страну». Более того, затем они стали готовить материалы и для апелляционных комитетов. Все эти полномочия EASO были закреплены в законодательстве Греции.

Таким образом, по мнению И. Тсурди возникла правовая коллизия, поскольку с точки зрения национального законодательства действия экспертов EASO были законными, а с точки зрения европейского законодательства они явно выходят за рамки полномочий этого Агентства. И хотя на уровне ЕС еще в 2016 г. был разработан проект положения, которое бы закрепило эти новые, расширенные полномочия EASO, однако оно до сих пор не принято [3, p. 516].

В связи с этим И. Тсурди указывает на проблему подконтрольности деятельности данного Европейского агентства, важность которой обусловлена тем, что оно, во-первых, не соблюдает процедурных гарантий прав беженцев, во-вторых, в большинстве случаев рекомендует высылать их в «третью безопасную страну». Конечно, материалы, подготовленные EASO, носят чисто рекомендательный характер и окончательное решение принимают должностные лица Греции. Однако допущенные процедурные нарушения (например, низкое качество перевода) оказывают негативное влияние на такие решения. При этом обжаловать действия

и рекомендации EASO юридически невозможно, поскольку, как было отмечено выше, они не входят в их компетенцию и рассматриваются исключительно как «оказание поддержки», а вся ответственность лежит на греческих властях [3, p. 519].

И. Тсурди полагает, что единственным действенным вариантом контроля за EASO являются внесудебные институты, такие как Омбудсмен ЕС. Автор анализирует два обращения к омбудсмену с жалобами на нарушение EASO процедурных гарантий прав человека, а также конституционные нарушения (действия Агентства за пределами установленного мандата), и приходит к заключению, что данный механизм имеет явные преимущества: гибкость, доступность и возможность широкого рассмотрения, не стесненного нормативными рамками (модель омбудсмана не основана на состязательности процесса, правила процедуры не столь строги, как в Суде ЕС, а устанавливая факт ненадлежащего управления, омбудсмен анализирует правила и принципы, которые ограничивают административное поведение, даже если они не имеют обязательной силы). Конституционные же проблемы, возникающие в результате превышения Агентством своего мандата, установленного его положением, которое исключает даже косвенные полномочия в отношении принятия индивидуальных решений, могут быть решены только путем принятия новой редакции Положения об этом агентстве, касающегося этих вопросов. Кроме того, административная интеграция требует переосмысления процессов подотчетности, с тем чтобы это не привело к фактическому ослаблению процедурных гарантий [3, p. 520].

Помимо рассмотренных выше человеческих жертв и нарушения верховенства права в результате неправильной модели предоставления убежища в ЕС, существуют также и политические издержки. Так, по мнению К. Кастелло, они заключаются в том, что правительство Турции получило рычаги давления на политиков ЕС, заставляя их принимать выгодные для Турции решения. Например, между ЕС и Турцией было заключено соглашение, в рамках которого Турция согласилась принимать обратно беженцев, добравшихся до Греции. В обмен Европа обещала оказать помощь Турции для поддержки сирийских беженцев, рассмотреть вопрос о безвизовом режиме для турецких граждан, а также активизировать процесс вступления Турции в ЕС. Далее это привело к

тому, что ЕС был вынужден не реагировать на незаконное вторжение Турции в Сирию, поскольку Р. Эрдоган пригрозил в противном случае отправить 3,6 млн мигрантов в Европу [2, р. 19].

Но еще более серьезные последствия кризис 2015 г. имел для самого ЕС. Во-первых, он привел к росту правого популизма, поскольку выдвинул ключевые вопросы популистской политической повестки (иммиграцию, безопасность и евроскептицизм) на первый план, что подтолкнуло избирателей голосовать за них на выборах. Во-вторых, ситуация постепенно переросла в конституционный кризис ЕС, поскольку государства Вышеградской группы – Греция и Испания не исполнили свои обязанности в рамках Дублинской конвенции, в результате чего началась волна вторичного перемещения уже в границах ЕС. Это привело к тому, что государства – члены ЕС стали закрывать свои границы на основании «большого притока мигрантов» или «неожиданного миграционного потока», а затем – заключать двусторонние соглашения о реадмиссии. С точки зрения Р. Бирн, Г. Нолл и Дж. Ведстед-Хансен, это стало не только крушением общеввропейской системы предоставления убежища, но и глубочайшим кризисом ЕС в целом, поскольку поставило под вопрос продолжение действия Шенгенского соглашения. А ведь именно свобода передвижения внутри ЕС, закрепленная этими двумя документами, стала основой для создания Союза [1, р. 872]. Для того чтобы понять суть нынешнего кризиса, авторы предлагают историческую ретроспективу и анализируют факторы, повлиявшие на формирование Общеввропейской системы предоставления убежища в ее нынешнем виде.

Создание Шенгенской зоны и реализация права на свободное перемещение могли быть достигнуты только за счет усиления пограничного контроля на внешних границах Союза. В соответствии с Дублинским регламентом, основное бремя приема беженцев ложится на периферийные государства-члены, что должно несколько смягчаться тем, что в сентябре 2015 г. была разработана «Схема экстренного переселения», которая закрепила альтернативную форму распределения ответственности за счет квот для переселения беженцев из Италии и Греции. В первом решении предлагалось переселить 40 тыс. человек, во втором – 120 тыс. Однако государства – члены ЕС искали различные юридические уловки для того, чтобы этого не делать. В результате, в 2017 г. бы-

ло переселено менее 8% от юридически закрепленного обязательства членов ЕС. В марте 2018 г. были переселены 34 тыс. человек из первоначального обязательства по квоте в 160 тыс. человек [1, р. 883].

Таким образом, основное бремя содержания беженцев все равно легло на периферийные государства, часть из которых – новые члены ЕС (страны Вышеградской группы – Польша, Чехия, Словакия и Венгрия). Когда рассматривался вопрос об их вступлении в ЕС им было предъявлено требование об обеспечении безопасности внешних границ и несении бремени приема у себя беженцев из третьих стран. Однако соответствующие правовые нормы были фактически им навязаны в рамках пакетной сделки. При этом страны Вышеградской группы, по мнению Р. Бирн, Г. Нолл и Дж. Ведстед-Хансен, видели в них только обязанности по защите границ и пограничному контролю. А обязательства по приему беженцев воспринимали как второстепенные и чисто формальные [там же].

Здесь следует отметить, что параллельно с процессом вступления новых членов в ЕС шел процесс разработки нового Дублинского регламента, который закрепил жесткие нормы, обязывающие периферийные государства соблюдать права человека в отношении беженцев, хотя изначально в нем преобладали гибкие стандарты, исключения и факультативные положения, в частности, касающиеся процедур предоставления убежища. Эта гибкость и факультативные элементы, возможно, оказались привлекательными для новых государств-членов, отчасти из-за их необязательности, а отчасти из-за доминирования парадигмы миграционного контроля над защитой беженцев. Дублинский регламент III был принят незадолго до вступления новых членов в ЕС, так что они оказались поставленными перед фактом, что на них возложены более жесткие обязательства по приему беженцев, в разработке которых они участия не принимали. Хотя Дублинская система предполагает распределение обязанностей и бремени по защите беженцев между государствами-членами, отмеченные выше количественные диспропорции в принятии беженцев постепенно привели к качественному нарушению, в частности, защитных элементов общеевропейской системы предоставления убежища. В результате авторы констатируют тенденции к разрушению систем предостав-

ления убежища в некоторых государствах-членах и, как следствие, несоблюдение основных прав просителей убежища и беженцев, что признается как национальными, так и европейскими судами [1, р. 884].

Так, когда беженцы с Ближнего Востока хлынули в государства Вышеградской группы, те, прежде всего, восприняли их как незаконных мигрантов, которые должны быть задержаны и выдворены. Поэтому содержались такие лица как задержанные в специальных учреждениях, закрепленные в международном праве гарантии прав беженцев не соблюдались. Эта ситуация усугубилась экономическим кризисом.

Кроме того, в самих странах Вышеградской группы начало расти недовольство по поводу «навязанной Брюсселем» обязанности нести бремя содержания этих лиц, что вылилось в победу на выборах Фидес в Венгрии и «Закона и справедливости» в Польше. Например, сразу после победы на выборах 2018 г. правительство Орбана приняло Закон о неправительственных организациях, который получил название «Закон против Сороса», который криминализовал помощь просителям убежища различными неправительственными организациями, такими как Венгерский Хельсинкский комитет.

Всё это привело к постепенному разрушению систем предоставления убежища и пограничного контроля в течение длительного периода времени. Таким образом, просители убежища де-факто были вынуждены бежать из этих стран с их неработающими системами предоставления убежища вглубь Европы путем вторичного перемещения в другие государства-члены. Что касается самих периферийных государств, то они от этого только выиграли, поскольку суды остальных членов ЕС, стремясь защитить беженцев, стали запрещать возвращать их в эти государства. К 2018 г. Германия, одна из самых ярых сторонниц дублинской системы, начала разрабатывать альтернативную сеть двусторонних соглашений о реадмиссии, начиная с Испании и Греции, а затем – с направляющими и транзитными государствами – Алжиром, Марокко и Тунисом.

По мнению Р. Бирн, Г. Нолл и Дж. Ведстед-Хансен, этот отход от общеввропейских норм и принципов многосторонности к

односторонним действиям и двусторонним соглашениям фактически подорвал конституционные основы Союза [1, р. 876].

Исследователи выделяют три фактора, приведшие к этому кризису [1, р. 887]:

1. Изначально жесткое право было создано в части пограничного контроля (Шенгенская и Дублинская конвенции), в то время как права и защита беженцев были отнесены к сфере «мягкого права». Этот же акцент был сделан и при переговорах о вступлении в ЕС новых членов, что сформировало у них представление о том, что требования о защите беженцев являются чисто формальными и необязательными. При этом Брюссель вынудил новых членов трансплантировать соответствующие нормы в свое внутреннее законодательство, что впоследствии стало восприниматься как «элитарность» Брюсселя и навязанные Брюсселем заведомо невыгодные условия.

2. Скептицизм периферийных государств в отношении навязанного им несправедливого бремени был усилен практикой основного ядра ЕС защищать беженцев и оставлять их на своей территории. Р. Бирн и соавторы подчеркивают, что общеевропейская система предоставления убежища была подорвана именно этими государствами, поскольку они сначала позволили приграничным государствам нарушать свои обязанности по Дублинскому регламенту, а потом сами стали заключать двусторонние соглашения вместо того, чтобы решать проблему на уровне ЕС.

3. Нарастание правового популизма, призывающего граждан своих стран отказываться принимать у себя беженцев.

Таким образом, объяснение кризиса беженцев в Европе необходимо искать не только в законодательстве о предоставлении убежища, но в конституционной системе ЕС, в том, как она исторически складывалась. В частности, Р. Бирн, Г. Нолл и Дж. Ведстед-Хансен предлагают перенести на ЕС предложенную Б.С. Чимни методологию анализа дисбаланса прав стран глобального Севера и Юга. Поскольку новые члены ЕС фактически оказались в том же положении, что страны Юга, которым их бывшими колонизаторами были навязаны правовые системы. «В обоих случаях действовала нормативная смирительная рубашка, которая ограничивала власть новичков», «периферия присоединяющихся государств была исключена центром из процесса обсуждения и

принятия основополагающего законодательства, усилив популистскую критику элитарности и узаконивая уклонение от бремени несения установленных этим законодательством обязанностей» [1, р. 891].

Список литературы

1. Byrne R., Noll G., Vedsted-Hansen J. Understanding the crisis of refugee law: Legal scholarship and the EU asylum system // *Leiden Journal of International Law*. – 2020. – Vol. 33. – P. 871–892. – URL: <https://doi.org/10.1017/S0922156520000382> (дата обращения: 02.07.2021).
2. Costello C. Overcoming Refugee Containment and Crisis // *German Law Journal*. – 2020. – Vol. 21. – P. 17–22. – URL: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.89> (дата обращения: 02.07.2021).
3. Tsourdi E. (Lilian) Holding the European Asylum Support Office Accountable for its role in Asylum Decision-Making: Mission Impossible? // *German Law Journal*. – 2020. – Vol. 21. – P. 506–531. – URL: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.21> (дата обращения: 02.07.2021).

МАКДУГАЛЛ П. МЕСТО ТРУДОВЫХ ПРАВ В ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ПОЛИТИКЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. (Реф. ст.).
MCDOUGALL P. The place of labor rights in the European Union's environmental policies // German law journal. – 2021. – Vol. 22, N 1. – P. 1–30. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/place-of-labor-rights-in-the-european-unions-environmental-policies/339A091EE8336F466EFAF2693A4AE3F4> (дата обращения: 20.07.2021). (Article summary).

Ключевые слова: экологическая политика; экологическое регулирование; Европейское зеленое соглашение; общеевропейская экологическая трансформация; экологическая справедливость; трудовые права.

В декабре 2019 г. Европейская комиссия объявила амбициозную экологическую программу для Евросоюза под названием «Европейское зеленое соглашение»¹. Этот документ предусматривает цель достижения нулевых чистых выбросов парниковых газов к 2050 г. и содержит ряд мер по «озеленению» экономики со стороны производства и потребления. Комиссия и Европейский совет рассматривают «Зеленое соглашение» не только как экологический план, но и как новую стратегию роста, направленную на превращение ЕС в справедливое и процветающее общество с современной, ресурсоэффективной и конкурентоспособной экономикой, как программу восстановления ЕС от экономического спада, вызванного COVID-19. «Зеленое соглашение» признает, что «не все государства-члены, регионы и города начинают переход с одной и

¹ *The European Green Deal: Communication From the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, at 11, COM (2019) 640 final (Dec. 11, 2019).

той же точки или имеют одинаковую способность реагировать» и, соответственно, содержит ряд мер, направленных на перераспределение бремени переходного периода, на предупреждение внутригосударственных конфликтов и учет интересов граждан и общин в получении лучшей жизни в условиях экологического перехода.

Автор статьи – Паскаль Макдугалл, адъюнкт-лектор в Институте политических исследований Франции (Sciences Po, Париж), кандидат юридических наук, сосредоточивает внимание на конкретном типе экологических мер – регулировании допустимых методов производства и налогах, которые повышают издержки производства в секторах, занятых торговлей товарами в государствах – членах ЕС. Это позволяет ему проанализировать особый вид распределительного воздействия экологической политики – случай, когда экологическое регулирование повышает издержки производства как в государстве – члене ЕС с более низкими доходами, менее конкурентоспособном, так и в государстве-члене с более высокими доходами, более конкурентоспособном.

Общая цель статьи, как указывает во введении автор, состоит в том, чтобы доказать, что мы должны обратить внимание на асимметричное влияние «Зеленого соглашения» и других экологических норм на уже искаженное распределение благосостояния между работниками и гражданами в различных государствах – членах ЕС. Затраты на экологическое регулирование могут быть разделены многими различными более или менее эгалитарными способами. Для того чтобы сопоставить издержки в контексте отраслей, торгующих товарами, автор применяет к торговому праву и экономике термин «юридический институционалистский подход», который ставит правовые институты в центр рассуждений об экономике.

Уже сегодня существует множество примеров действующих законодательных актов, которые могли бы привести к введению таких «жестких» (и дорогостоящих) нормативных ограничений на производственные процессы. Так, Регламент REACH (Registration, Evaluation, Authorisation, Restriction of Chemicals) 2007 г., предусматривает запрет определенных химических продуктов, которые могут быть либо произведены или используются в производстве, является одним из примеров. Другим примером является Директива о промышленных выбросах (IED, 2010/75/EU) (вступила в силу

в 6 января 2011 г.), которая применяется к производству сверх определенного объема в энергетической промышленности, производстве и переработке металлов, горнодобывающей промышленности, химической промышленности, утилизации отходов и других видах деятельности, включая промышленное производство. Директива налагает, в частности, обязательства на государства – члены ЕС «принимать все надлежащие превентивные меры против загрязнения» и применять «наилучшие имеющиеся методы». Директива предусматривает, что ЕС и национальные экспертные органы проводят экономический и научный анализ, чтобы определить, какие технологии производства обеспечивают наибольшую экологическую выгоду при любых экономических затратах и информируют государства-члены о введении условий в разрешениях, которые они выдают. Такие требования можно найти в нескольких других нормативных актах ЕС, включая Директиву о качестве воздуха, которая предписывает определенные меры по предотвращению выбросов загрязняющих веществ «там, где это возможно» и исключению «непропорциональных затрат».

Вместе с тем есть факторы, которые делает экологическое законодательство ЕС во многих случаях менее сдерживающим, чем то, что было бы желательно с экологической точки зрения. Одним из них является включение в ЕС государств с более низким национальным доходом и применение к ним в связи с этим более мягких правил в смысле не навязывания жестких стандартов. Есть также проблемы, связанные и с наличием расплывчатых терминов, которые определяют запреты на вредные производственные процессы, они нуждаются в дальнейшей интерпретации и др.

По мнению автора, государствам – членам ЕС с более низкими доходами должно быть разрешено направлять субсидии ЕС в отрасли, торгующие качественными товарами, чтобы нейтрализовать увеличивающее издержки воздействие определенных мер «Зеленого соглашения».

В статье рассматриваются различные способы, с помощью которых затраты на экологические нормативы и субсидии, нейтрализующие их влияние на благосостояние работников, могут быть возложены на более богатые государства-члены, с тем чтобы более эффективно перераспределять доходы в уравнивающем направлении в рамках экологического перехода. Эти способы перераспре-

деления расходов на субсидии включают перераспределительные фискальные и монетарные инициативы на уровне ЕС, а также превращение институтов ЕС в органы, предоставляющие субсидии. Учитывая препятствия на пути значительного увеличения бюджета и ответственности учреждений ЕС даже в условиях нынешней катастрофической пандемии и экономического спада, автору представляется более вероятным то, что меры по компенсации воздействия «Зеленого соглашения» на работников будут перенесены на национальный уровень. Если это окажется так, внутренняя государственная помощь и субсидии останутся центральными инструментами политики и позволят реализовать эгалитарную повестку дня в отношении «Зеленого соглашения».

П. Макдугалл высказывает идеи эгалитарного перехода в более богатых государствах-членах, где потери рабочих мест происходят из-за равного перераспределения конкурентоспособности в масштабах всего ЕС. В этих странах, считает он, основное внимание может быть уделено секторам экономики, не связанным с торговлей, таким как реконструкция «зеленых» зданий, городская инфраструктура и транспорт – возможно, в рамках проводимой государством «зеленой» местной промышленной политики, направленной на передачу богатства работникам более богатых стран, даже когда некоторые из их отраслей обгоняются новыми мощными отраслями более бедных стран.

Целенаправленный и дифференцированный подход к экологической политике, согласно которой сектора экономики и регионы подчиняются различным правилам в соответствии с более широким мандатом социальной справедливости и в котором различные группы работников рассматриваются как имеющие конфликтующие интересы, может быть признан нелогичным юристами-экологами, а также юристами ЕС по социальным и трудовым вопросам. Тем не менее этот подход, по мнению автора, должен быть привлекательным для читателей, сочувствующих направлениям критических юридических исследований, которые исследуют «распределительный анализ» правовых норм. Этот подход также хорошо согласуется с давним признанием торгового права о том, что некоторые отрасли иногда необходимо приносить в жертву более широкой торговой повестке дня и что основное внимание должно уделяться как можно более безболезненному

переходу к новым рабочим местам и экономическим структурам. Наконец, такой подход согласуется с самим европейским «зеленым курсом», который определяется как «стратегия роста». Эти направления вызывают сознательные компромиссы и планирование, но вопросы распределения занимают центральное место в предлагаемом Европейской комиссией «справедливом переходе».

Влияние экологических норм на права трудящихся. Экологические нормы, повышающие издержки производства, оказывают влияние на права и благосостояние работников. Первое возможное воздействие ужесточения экологических мер, влияющих на конкурентоспособность страны в сфере торговли товарами, заключается в том, что работники соглашаются на снижение заработной платы, которое полностью компенсирует дополнительные издержки регулирования. Так, например, фирмы-экспортеры, увидев, что их производственные издержки выросли больше, чем у иностранных фирм, конкурирующих с их товарами за рубежом, могут попросить своих работников снизить заработную плату, чтобы избежать потери продаж и сокращения рабочих мест. Если наемные работники соглашаются снизить их заработную плату, то фирмы-экспортеры смогут вернуть свои общие производственные издержки к их прежнему соотношению с затратами иностранных фирм. Однако в этом случае нарушаются трудовые права, т.е. право на «честные и справедливые условия труда» и «справедливую» заработную плату. Более сложный случай, когда работники не соглашаются на снижение заработной платы. Последствием здесь может быть то, что некоторые работники теряют работу ввиду сокращения кадров. То есть, если не вводится никакого экологического регулирования, право трудящихся на труд поставлено под угрозу.

Переосмысление экологической политики ЕС. Экологическая политика ЕС уже в немалой степени включает в себя вопросы межгосударственной распределительной справедливости. Например, ст. 191 Договора налагает на учреждения ЕС обязательство достичь «высокого уровня [охраны окружающей среды]», в том числе учитывать экологические условия в различных регионах Союза и экономическое и социальное развитие Союза в целом и сбалансированное развитие его регионов.

Сама идея «Зеленого соглашения», возможно, отчасти потому, что Комиссия ожидала, что ее усиления и экологические нормы и налоги вызовут беспокойство в менее конкурентоспособных государствах, предполагает смягчение правил государственной помощи в целях поддержки более экологичных производственных процессов. В этом Соглашении действительно говорится, что Комиссия будет «поддерживать другие инициативы, ведущие к альянсам и крупномасштабному объединению ресурсов, например, в форме важных проектов, имеющих общий европейский интерес, где целенаправленная государственная помощь в установленные сроки может способствовать выстраиванию новых инновационных цепочек создания стоимости». Кроме того, «Зеленое соглашение» предлагает «справедливый переходный механизм» и «справедливый переходный фонд».

Наиболее уязвимыми в период перехода к зеленой экономике являются те ее сектора, которые наиболее ощущают на себе пагубные последствия изменения климата и деградации окружающей среды. В то же время выполнение управления этим переходом, по мнению автора, приведет к значительным структурным изменениям в бизнес-моделях, росту требований к квалификации и цен. Граждане, в зависимости от их социальных и географических условий, будут затронуты по-разному. Не все государства-члены, регионы и города начинают переход с одной и той же точки или имеют одинаковую способность реагировать. Эти вызовы требуют решительного политического реагирования на всех уровнях.

Переход, считает П. Макдугалл, позволит сосредоточиться на тех регионах и секторах, которые наиболее затронуты этим процессом, потому что эти территории зависят от ископаемых видов топлива или углеродно-интенсивных выбросов и т.п. Для этих секторов «Зеленое соглашение», подчеркивает он, «стремится защитить граждан и работников, наиболее уязвимых в переходный период, обеспечить доступ к переобучению и созданию рабочих мест в новых секторах экономики».

Вывод автора состоит в том, что существующие перераспределительные механизмы экологического права ЕС должны быть усилены. Самый простой способ сделать это – оказание государственной помощи странам с низким уровнем дохода, которая позволит нейтрализовать их возросшие затраты на экологическое ре-

гулирование. И эту помощь, по мнению автора, следует продолжать «пока мы не уравнием конкурентоспособность и национальные доходы в той степени, в какой этого требует наша нормативная теория международной справедливости». Обеспечение компенсации снижения конкурентоспособности за счет экологических норм является необходимой частью предлагаемого автором политического подхода.

Лучшей политикой была бы передача ресурсов от государств-членов с более высоким уровнем дохода к государствам с более низким уровнем дохода для обеспечения того, чтобы перераспределение конкурентоспособности путем предоставления внутренних субсидий приводило к большему перераспределению экономического благосостояния. Предложение европейской «зеленой сделки» (так называет автор «Зеленое соглашение») использовать бюджетные ресурсы ЕС для финансирования экологизации производственных процессов является полезным инструментом для этой цели, учитывая, что более богатые государства-члены вносят больший вклад в бюджет ЕС, чем более бедные. Однако если такие европейские субсидии поступают не из обычных бюджетных взносов ЕС, а из экологических налогов, которые по крайней мере частично падают на государства-члены с более низкими доходами, то перераспределительная цель «моего предложения в этой степени сорвана», подчеркивает автор.

Альтернативой использованию новых европейских фискальных мер является передача финансовых затрат на экологизацию производственных процессов государствам-членам, при этом необходимо использовать политику центрального банка для снижения стоимости долга государств-членов с низким уровнем дохода.

Еще один, возможно, более простой способ передачи ресурсов заключается в предоставлении государствам-членам с более низким уровнем дохода большего числа надбавок на ЕТС для их выставления на аукцион. Это может быть сделано путем увеличения доли пособий, специально предназначенных для государств с низким уровнем дохода.

Какой бы из этих механизмов в конечном итоге ни был выбран, он, как предполагает автор, будет более эффективным в перераспределении доходов, чем механизм справедливого перехода, который является инструментом европейской «зеленой сделки»,

специально предназначенным для решения распределительных вопросов, но сосредоточенным на более загрязненных регионах, а не на более бедных.

П. Макдугалл предлагает включить трудовое право и права работников в экологическую политику, которая полностью фокусируется на дифференцированном воздействии экологического законодательства на работников, проживающих на разных территориях и конкурирующих друг с другом на товарных рынках. Аргумент исследователя в основном сводится к тому, что любая экологическая программа ЕС будет стремиться рассматривать благосостояние между работниками в разных регионах асимметрично. Так, национальный доход на душу населения Болгарии в 22 405 долл. самый низкий в ЕС и в 2,5 раза ниже, чем в Германии в 55 155 долл., легко квалифицирует ее как кандидата на перераспределение субсидий и помощи внутри ЕС (с. 28).

Е.В. Алферова

КОЛАНДЖЕЛО Дж., ТОРТИ В. АВТОРСКОЕ ПРАВО, ОНЛАЙН-ПУБЛИКАЦИИ НОВОСТЕЙ И АГРЕГАТОРЫ: ЮРИДИЧЕСКИЙ И ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ РЕФОРМЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. (Реф. ст.).

COLANGELO G., TORTI V. Copyright, online news publishing and aggregators: a law and economics analysis of the EU reform // *International journal of law and information technology*. – 2019. – Vol. 27, N 1. – P. 75–90. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3255449 (дата обращения: 12.03.2021). (Article summary).

Ключевые слова: право Европейского союза; Директива об авторском праве на едином цифровом рынке ЕС; авторское право; реформа европейского авторского права; цифровые технологии; смежные права.

Интернет оказал глубокое влияние на издателей газет: рушатся бизнес-модели, появляются новые формы журналистики, меняются потребительские привычки. Рост цифровых технологий изменил способ производства и распространения новостей, снизив затраты и позволив новым посредникам войти в информационную цепочку создания стоимости, включая новостные агрегаторы, онлайн-издатели новостей, поисковые системы, интернет-порталы с новостными сервисами, социальные сети и коммуникационные услуги. Авторы данной статьи итальянские ученые – Джузеппе Коланджело и Валерио Торти из Свободного международного университета социальных наук Гвидо Карли (Luiss Guido Carli University), попытались изучить мир онлайн-новостей и его бизнес-модели, а также сложные рамки широко обсуждаемой реформы авторского права ЕС и общие последствия введения нового права и ответить на некоторые возникшие в связи с этой реформой

вопросы: существует ли бесспорный провал рынка, который оправдывает признание нового права? Каковы правовые и экономические основания такого нового правового документа? И каковы потенциальные общие эффекты, вытекающие из его введения?

В центре внимания авторов – дискуссии, связанные с одобренной 12 сентября 2018 г. Европейским парламентом и Советом новой редакцией Директивы об авторском праве в условиях единого цифрового рынка ЕС (Directive on Copyright in the Digital Single Market 2016/0280 (COD), разработанной Европейской комиссией в 2016 г. Комиссия в целях решить проблемы защиты контента и улучшить позицию издателей прессы по отношению к поставщикам услуг информационного общества решила вмешаться в права, введя дополнительный уровень авторского права, а именно новое вспомогательное (neighbouring) право, которое будет распространяться на воспроизведение и предоставление ответственности публикаций прессы в цифровом формате. Предлагаемая реформа, как замечают авторы, вызвала шквал комментариев и критики, поскольку по большей части она была истолкована как неоправданная, неэффективная и наносящая ущерб.

Переход от офлайн-печатных газет к онлайн-цифровым СМИ привел к снижению доходов старых газет, и традиционные издатели изо всех сил пытаются найти устойчивую бизнес-модель. Таким образом, наблюдается растущая доступность новостей, но остается нерешенной проблема, как будут покрываться расходы на высококачественную журналистику, поскольку считается, что структура и экономика новых посредников способствуют распространению низкокачественного контента. Поэтому вопрос для политиков заключается в том, является ли деятельность новых посредников чисто паразитической или же она полезна для стимулирования развития и инноваций.

Комиссия признала, что произведения и другие охраняемые предметы, публикуемые различными издательствами, играют ключевую роль в демократическом обществе, особенно в свете необходимости сохранения доступа граждан к знаниям и качественной информации. При условии, что устойчивость издательских отраслей может быть поставлена под угрозу, если инвестиции издателей не будут подкреплены соответствующими доходами, без конкретного вмешательства на уровне ЕС, издатели прессы

могут продолжать лицензировать использование своих публикаций только на основе прав, переданных им создателями контента. Действительно, несмотря на то что издатели играют сопоставимую роль – с точки зрения инвестиций – с ролью производителей аудио- и видеоматериалов, они не идентифицируются как правообладатели в соответствии с правилами ЕС об авторском праве. Скорее, они эксплуатируют и навязывают свой контент на основе прав, переданных им авторами.

Учитывая растущее число игроков и средств распространения цифрового контента, это, вероятно, увеличит правовую неопределенность, снизит доходы издателей, затруднит реализацию прав, ослабит переговорную силу издателей прессы по сравнению с крупными поставщиками онлайн-услуг и новыми посредниками (которые получают большую часть рекламных доходов, генерируемых онлайн) и в конечном итоге повлияет на количество и качество печатных СМИ. В конечном счете, может возникнуть конкретный риск негативного воздействия на плюрализм средств массовой информации, качество информации, демократические дебаты и культурное разнообразие в обществе ЕС.

Исходя из этого, некоторые юрисдикции (Германия и Испания) рассматривали возможность расширения прав интеллектуальной собственности, чтобы предотвратить упомянутый риск халявы и позволить издателям получать компенсацию от новостных агрегаторов и поисковых систем. Тем не менее такой подход привлек внимание ряда ученых, которые поставили под сомнение законность создания дополнительных прав национальным законодательством. Другие комментаторы также не усматривают наличие компетенции ЕС вводить такое новое право для издателей.

Немецкий и испанский опыт. В 2013 г. Германия внесла поправки в Закон об авторском праве и ввела дополнительное авторское право для издателей прессы, в соответствии с которым коммерческое использование продуктов прессы через Интернет, в частности поставщиками поисковых систем и новостными агрегаторами, является исключительным правом. Смежное право для издателей прессы распространяется на предоставление в коммерческих целях публикаций и их фрагментов (но не мельчайших отрывков текста), которое подлежит передаче и истекает через один год после публикации. Иными словами, согласно поправке, изда-

тели прессы имеют исключительное право делать свой контент общедоступным в коммерческих целях. Это также означает, что предоставление такого контента полностью или частично третьим лицам разрешено, за исключением коммерческих операторов поисковых систем или коммерческих агрегаторов новостей.

Проблемы, затрагивающие издательскую отрасль прессы, были также решены Законом о конкуренции, в соответствии с которым законодатель внес поправки в немецкий Закон о борьбе с ограничениями конкуренции в свете роста цифровой экономики. В частности, поправка предусматривала освобождение от картельного запрета на некоторые формы сотрудничества между издателями газет и журналов при условии, что освещение будет носить исключительно национальный характер и не будет включать редакционную работу.

Аналогично законодательной инициативе, принятой в Германии, Испания осуществила реформу законодательства об интеллектуальной собственности, которая предусматривала, в частности, дополнительное право на новостной контент с той существенной разницей, что – в отличие от немецкой версии – испанское дополнительное право не может быть отменено. Было введено специальное законодательное ограничение для интернет-провайдеров и агрегаторов контента при условии неотчуждаемой справедливой компенсации. В частности, поправка разрешает использование несущественных фрагментов контента, ранее опубликованных в периодических изданиях или на регулярно обновляемых сайтах, которые направлены на формирование общественного мнения или имеют информационные или развлекательные цели. Поправка также устанавливает право издателей и других правообладателей на получение справедливого, непоколебимого и коллективно управляемого вознаграждения. В конечном счете, новая статья предусматривает, что предоставление части информации поисковыми системами не подлежит ни разрешению, ни компенсации, когда использование является некоммерческим, необходимым для предоставления результатов поиска конкретного пользователя и сочетается с отображением ссылки на первоисточник.

Несмотря на схожую цель этих положений, испанские поправки отличаются от немецкой реформы своим обязательным характером. Иными словами, в то время как немецкая модель допус-

кает добровольные переговоры, испанские положения вводят обязательную плату даже за использование несущественных фрагментов текста. Следовательно, издатели новостей не могут отказаться от получения этой платы и вести переговоры о своем праве на вознаграждение, даже если они хотят, чтобы их контент был доступен на более допустимой основе.

Помимо вопросов, поднятых о правомерности создания смежных прав национальными законодательствами, опыт Германии и Испании чрезвычайно актуален с другой точки зрения: он представляет собой естественный эксперимент по оценке последствий введения права на публикацию в европейской прессе. Поэтому неудивительно, что было проведено несколько эмпирических исследований, основанных на данных, поступающих с испанского и немецкого рынков, с целью оценки того, как новостные агрегаторы влияют на потребление новостей. В конце концов, обоснование защиты на наднациональном уровне не может опираться только на свидетельства кризиса газетной индустрии, но требует демонстрации причинно-следственной связи между введением соседнего права издателей прессы и увеличением доходов прессы, утверждают авторы.

Если посмотреть на немецкие и испанские данные, полученные после изменения Закона об авторском праве, то эмпирические результаты свидетельствуют о расширении рынка в рассматриваемой области. Таким образом, констатируют авторы, попытки Германии и Испании доказать, что дополнительное право оказывает негативное воздействие на экономические интересы издателей, особенно в ущерб стартапам и малым предприятиям, не оправдались.

Таким образом, очевидно, что опыт тех государств-членов, которые предоставили некоторые права издателям прессы, потребует дополнительных доказательств для обоснования наднациональной законодательной инициативы. Если национальные вспомогательные права издателей прессы оказались неудачными в решении проблемы слабой переговорной позиции издателей по сравнению с онлайн-сервисами, то непонятно, задают вопрос авторы, почему европейское право привело бы к другому результату. Скорее, преобладание эффекта расширения рынка свидетельствует о том, что исключения добросовестного использования, на кото-

рые полагаются, например, сайты-агрегаторы в США, менее потенциально вредны для издателей, чем часто думают.

Реформа авторского права Европейского союза в рамках стратегии единого цифрового рынка. Несмотря на имеющиеся эмпирические данные и даже признание того, что ни одно из двух решений по вспомогательным правам на национальном уровне (в Германии и Испании) не оказалось эффективным, поскольку они не привели к увеличению доходов издателей от крупных поставщиков онлайн-услуг, Европейская комиссия собралась решить проблемы издателей, вмешавшись в их права. Действительно, учитывая, что Интернет стал основным рынком для доступа к защищенному авторским правом контенту и его распространения, а онлайн-сервисы представляют собой основной источник дохода для произведений и другого защищенного контента, Комиссия предположила, что нынешние правила ЕС в области авторского права не могут гарантировать справедливое распределение стоимости, генерируемой некоторыми новыми формами распространения онлайн-контента по цепочке создания стоимости.

В частности, Комиссия стремилась придать издателям прессы правовую определенность и поставить их в более выгодное переговорное положение в своих договорных отношениях с онлайн-сервисами, использующими и предоставляющими доступ к их контенту. Этот результат будет достигнут путем предоставления нового дополнительного права, которое признает ключевую роль издателей прессы с точки зрения инвестиций и общего вклада в создание качественного журналистского контента и предоставит им защиту, необходимую для эффективного использования их публикаций в цифровой среде.

Поэтому для решения проблем защиты контента и улучшения переговорной позиции издателей прессы в рамках стратегии цифрового рынка и, в частности, общего призыва к инициативам по адаптации рамок ЕС к цифровой среде Комиссия предложила предоставить издателям прессы дополнительное право в соответствии со ст. 11 Директивы об авторском праве в условиях единого цифрового рынка. Это право будет действовать в течение 20 лет с момента первой публикации и будет охватывать воспроизведение и предоставление в распоряжение общественности публикаций в прессе в той мере, в какой это касается цифрового использования.

На воспроизведение и предоставление разрешенных прав распространяются те же ограничения, что и на авторское право в соответствии с Директивой 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Кроме того, разъясняется, что эта правовая защита не распространяется на акты гиперссылок, которые не являются сообщением общественности. Наконец, вышеупомянутые права не могут быть использованы против авторов и других правообладателей в отношении произведений и других предметов, включенных в публикацию в прессе; поэтому новые права не могут быть использованы для того, чтобы помешать авторам и другим правообладателям эксплуатировать свои произведения в других местах.

Комиссия недвусмысленно заявила, что, поскольку при переходе от печатных изданий к цифровым издателям печатных изданий сталкиваются с проблемами лицензирования онлайн-использования своих публикаций и окупаемости своих инвестиций, предлагаемая правовая защита необходима для признания и поощрения организационного и финансового вклада издателей в производство печатных изданий, обеспечивая тем самым устойчивость издательской индустрии. Кроме того, Комиссия, как полагают авторы, также увязывает предлагаемое право с необходимостью обеспечения существования свободной и плюралистической прессы, которая является гарантией качественной журналистики и доступа граждан к информации.

Предложение Комиссии, как замечают исследователи, вызвало шквал комментариев и критики. В академической среде реформа была в основном интерпретирована как неоправданная, неэффективная и вредная на основе различных соображений. В частности, утверждалось, что новое дополнительное право не имеет экономического или юридического обоснования, поскольку нет никаких доказательств провала рынка, который необходимо было бы устранить с помощью законодательства. В связи с этим в статье представлен анализ как экономических точек зрения с учетом эмпирических попыток Германии и Испании доказать, что данное дополнительное право не является эффективным для экономических интересов издателей, а скорее может вступать в противоречие с их интересами, так и юридических точек зрения уче-

ных, считающих, что предлагаемое смежное право не укрепит позицию издателей прессы.

Помимо отсутствия какого-либо юридического и экономического обоснования, новое право может быть вредно для общественных интересов по различным основаниям. Во-первых, поскольку сфера действия нового права представляется неопределенной или чрезмерно широкой, реформа может привести к сокращению общественного достояния и поставить под угрозу свободное распространение информации и свободу выражения мнений. Во-вторых, продолжительность предлагаемого права (20 лет) неоправданно велика, учитывая, что ценность новостей зависит главным образом от их свежести; таким образом, их коммерческий цикл заканчивается через несколько дней. В-третьих, это предложение представляется несогласованным с конечной целью стратегии единого цифрового рынка. Поскольку новое право будет носить территориальный характер, оно будет действовать для каждого государства-члена, и национальные законодатели смогут свободно применять различные подходы к осуществлению этого нового положения. Это приведет к усилению неопределенности и фрагментации, что негативно скажется на законодательстве ЕС об авторских правах и функционировании единого цифрового рынка.

Наконец, было отмечено, что создание нового права, которое перекрывает существующие авторские права, может привести к снижению доходов авторов в свете распределительных последствий. Согласно «теории пирога», те, кто платит роялти, имеют только определенную сумму денег (то есть один пирог); следовательно, если за столом сидят новые игроки (то есть новые правообладатели), они должны будут разделить пирог. Таким образом, новые роялти, вытекающие из предлагаемого соседнего права, будут распределяться за счет тех, кто получает роялти от авторских прав.

Оживленная дискуссия, вызванная этим спорным положением, затронула также европейские институты, влияющие на процесс утверждения поправок в Директиву об авторском праве на едином цифровом рынке ЕС. После нескольких попыток посредничества 25 мая 2018 г. Комитет постоянных представителей Совета (Coreper) согласовал общую позицию по пересмотренному тексту Ди-

рективы и Согрег предложил внести существенные поправки в первоначальный вариант текста.

В частности, в измененном тексте ст. 34а и ст. 11 (2) Директивы признается, что, поскольку несущественные части печатных публикаций обычно не являются выражением интеллектуального творчества их авторов, в соответствии с прецедентным правом суда уместно предусмотреть, что использование несущественных частей не должно подпадать под сферу прав, предусмотренных в Директиве. Таким образом, права издателей прессы не применяются в отношении использования несущественных частей публикации в прессе, и для определения несущественного характера частей публикаций в прессе государства-члены могут свободно принимать во внимание, являются ли эти части выражением интеллектуального творчества их авторов, или же эти части представляют собой отдельные слова или очень короткие выдержки, или оба критерия. Кроме того, в новой редакции ст. 34 четко указано, что правовая охрана не распространяется на акты гиперссылки, независимо от того, что они могут представлять собой сообщение для общественности. Кроме того, как и в случае с германским положением, новые права истекают через один год после публикации в прессе (вместо 20 лет, как это было предложено Комиссией) и не имеют обратной силы.

Несмотря на посредническую попытку, предпринятую Согрег, текст, одобренный Комитетом по правовым вопросам и представленный Европейскому парламенту для окончательного голосования, содержал лишь незначительные изменения по сравнению с первоначальным вариантом. Новые дополнительные права, предоставленные издателям прессы, не распространяются на гиперссылки, независимо от того, что они могут представлять собой сообщение для общественности. Кроме того, в новой редакции ст. 11 вышеназванного Договора указано, что права не имеют обратной силы.

5 июля 2018 г. Европарламент отклонил это предложение, отправив текст обратно для рассмотрения и внесения изменений и возобновив дебаты. Однако 12 сентября 2018 г. Парламент одобрил новую редакцию Директивы и приступает к окончательным переговорам с Советом, представляющим правительства государств-членов и Комиссию.

Однако большинство критических замечаний, высказанных учеными, все еще остаются в силе. Во-первых, сфера охраны продолжает оставаться чрезмерно широкой, поскольку новое право не подпадает под требование оригинальности, т.е. оно по-прежнему охватывает и несущественные части публикаций в прессе. Во-вторых, положение о гиперссылках (не распространяющихся на защиту) содержит запутанную ссылку на простые гиперссылки, которые сопровождаются «отдельными словами»: при отсутствии минимального порога смысл ссылки неясен (сколько слов достаточно?). Таким образом, данное положение будет открыто для различных национальных толкований. Кроме того, обоснование ссылки неясно, поскольку ее, по-видимому, легко обойти. В-третьих, исключив из сферы охраны некоммерческое использование печатных изданий, принятая редакция уточняет, что исключение ограничивается «индивидуальными пользователями», что, по-видимому, позволяет пользоваться ими только физическим лицам. В-четвертых, срок действия права остается неоправданно долгим: действительно, согласно п. 4 ст. 11 Директивы об авторском праве на едином цифровом рынке ЕС, срок действия права истекает через пять лет после публикации в печати. Наконец, положение, связанное с распределением дополнительных доходов между авторами, все еще противоречит «теории пирога», подразумевая, что благодаря новому праву можно было бы разделить более одной прибыли.

Таким образом, констатируют Дж. Коланджело и В. Торти, европейская реформа не руководствуется подходом, основанным на фактических данных. Она просто опирается на свидетельства кризиса газетной индустрии, несмотря на отсутствие доказательств какой-либо причинно-следственной связи между введением дополнительного права издателям прессы и увеличением доходов прессы. С этой точки зрения реформа, считают они, наносит ущерб переходу к платформенным бизнес-моделям. Кроме того, несмотря на попытку Комиссии рассматривать новое авторское право как краеугольный камень борьбы с фальшивыми новостями и некачественным контентом, нет никаких доказательств в поддержку предполагаемой связи между дополнительной правовой защитой, о которой идет речь, и продвижением качественной журналистики.

Налогообложение новых цифровых игроков, резюмируют авторы, не спасет издательскую индустрию прессы и устаревшие бизнес-модели. Поэтому, одобрение Европейским парламентом поправок к Директиве по авторскому праву на едином цифровом рынке – это просто плохая новость для всех.

О.Л. Алферов

АЛЕШКОВА И.А.¹ РАЗВИТИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОПРОСОВ, СВЯЗАННЫХ С КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТЬЮ ИНФОРМАЦИИ И ЗАЩИТОЙ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре обобщаются научные публикации, в которых раскрываются актуальные проблемы в сфере правового регулирования конфиденциальности и защиты данных в ЕС. Отмечается, что Общий регламент по защите данных имеет важное значение для работы международных организаций. Вместе с тем его действие обуславливает появление вопросов о взаимосвязи между правом ЕС и международным публичным правом. Акцентируется внимание на тех правовых ценностях, которые являются определяющими при формировании национальных и международных подходов. Обозначаются предлагаемые в научной литературе модели правового регулирования конфиденциальности и защиты данных, направленные на достижение международной конвергенции.

Ключевые слова: персональные данные; Общий регламент по защите данных (GDPR); конфиденциальность информации; национальная безопасность; международные соглашения.

ALESHKOVA I.A. Development of legal regulation of issues related to information confidentiality and personal data protection in the European Union. (Review).

Abstract. The review summarizes scientific publications that reveal current problems in the field of legal regulation of confidentiality

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

and data protection. It is noted that the General Data Protection Regulation (GDPR) is essential for the work of international organizations. At the same time, its action gives rise to questions about the relationship between EU law and public international law. Attention is focused on those legal values that are decisive in the formation of national and international approaches. The proposed in the scientific literature models of legal regulation of confidentiality and data protection, aimed at achieving international convergence.

Keywords: personal information; GDPR; confidentiality of information; national security; international agreements.

В условиях интенсивного развития цифровизации многие страны мира стремятся обеспечить конфиденциальность цифровой информации и гарантировать защиту персональных данных. Вместе с тем выбранные подходы различаются. Одной из причин является отсутствие устоявшихся международных принципов и стандартов, позволяющих гармонизировать правовое регулирование в данной сфере. Несмотря на некоторые международные соглашения, в том числе принятые 11 октября 2018 г. Руководящие принципы защиты персональных данных и конфиденциальности ООН (Personal data protection and privacy principles), правовое регулирование взаимоотношений в Интернете как области, где потоки данных имеют трансграничный характер, остаются одной из актуальных проблем современности.

Джессика Шурсон рассматривает две часто противоречащие друг другу потребности государств – необходимость защиты данных своих граждан и потребность правоохранительных органов в доступе к этим данным в качестве доказательств, которые часто хранятся поставщиками услуг в разных странах. При этом она обращает внимание на то, что существующие законы о защите данных потенциально могут заблокировать передачу данных иностранным правоохранительным органам в соответствии с этими внутренними правовыми процедурами [3, р. 167]. В качестве примера Дж. Шурсон отмечает ситуацию, сложившуюся между Европой и США. В Европе более половины внутренних уголовных расследований требуют данных, которые хранятся или контролируются экстерриториально. Учитывая преобладание американских поставщиков услуг в секторах облачных вычислений и интернет-коммуникаций,

большая часть данных, запрашиваемых европейскими правоохранительными органами, контролируется или находится в США. Закон США о хранимых сообщениях (Stored Communications Act (SCA)), являющийся частью Закона о конфиденциальности электронных коммуникаций (Electronic Communications Privacy Act (ECPA)), запрещает поставщикам услуг раскрывать данные о содержании при отсутствии ордера, выданного судом США. Это явно затрудняет работу правоохранительных органов, которые должны получать разрешение на сборы цифровых доказательств в целях уголовного расследования. Из-за положений закона о блокировке перехвата проводных и электронных сообщений и перехвата устных сообщений, а также большого количества требуемых запросов, которые должны проходить через Министерство юстиции США и федеральную судебную систему, возникают задержки в сборе доказательств, а выполнении обычных запросов занимает много времени [3, p. 168]. Непростая ситуация складывается и в Великобритании, которая, сыграв важную роль в принятии ряда двусторонних соглашений между Европейским союзом и США и успешно сняв блокирующие положения для своих государственных запросов, тем самым создала для британских правоохранительных органов условия прямого доступа к данным, хранящимся у американских поставщиков услуг. Однако в связи с выходом из ЕС этой стране снова придется работать над поддержанием эффективного доступа к необходимым сведениям посредством запросов к цифровым доказательствам, но уже направляя их в ЕС, который, согласно положению ст. 48 Общего регламента защиты персональных данных (General Data Protection Regulation (GDPR)), имеет возможность блокировать доступ к ним [3, p. 175–176].

На международном уровне государства смогли договориться по большому числу вопросов, однако в условиях интенсивного развития цифровизации конфиденциальность и защита больших данных стали преградой к международному консенсусу.

Отсутствие консенсуса создает потенциал для конфликта не только частных и публичных интересов, но и является предпосылкой развития несовместимых подходов в правовом регулировании. Конфликт между порядком доступа к конфиденциальной информации и персональным данным отражается в конфликте между блокирующими положениями законов.

Ученые и специалисты разных стран разрабатывают оптимальные подходы правового регулирования вопросов конфиденциальности, учитывающих национальные и международные интересы. С одной стороны, они предлагают сделать уступки в отношении сохранения фундаментальных ценностей, таких как свобода слова для США, с другой – обеспечить информационное самоопределение для европейцев.

Дж. Шурсон обращает внимание на то, что конфликт, связанный с введением положения о блокировке перехватов сообщений и передачи персональных данных в третьи страны на основании решения суда или административного органа этой третьей страны, если передача не разрешена международным соглашением или одним из других оснований, частично привел к принятию Закона США об облачных технологиях в 2018 г. Данный Закон устанавливает основу для двусторонних соглашений с «соответствующими иностранными правительствами», которые позволяют этим правительствам отправлять продукцию и заказы непосредственно поставщикам услуг в США, отменяя положения о блокировке перехватов сообщений. Чтобы считаться «правомочным иностранным правительством», Штаты должны соблюдать определенные меры защиты конфиденциальности и гражданских свобод, включая требование о том, что запросы на перехват сообщений не могут быть нацелены на граждан и жителей США. Эти двусторонние соглашения должны быть взаимными, что позволит американским правоохранительным органам отправлять производственные заказы и неамериканским поставщикам услуг, опять же при соблюдении мер безопасности [3, р. 168].

Питер Хьюстинкс, выступая 26 февраля 2021 г. на онлайн-конференции «Общий регламент по защите данных (GDPR) Европейского союза и международные организации» с докладом на тему «Защита данных и международные организации: Диалог между правом Европейского союза и международным правом», отмечает, что персональные данные обрабатываются для различных целей. Однако, как правило, это происходит за пределами прямого действия национального законодательства. В таких случаях международные организации должны использовать альтернативные подходы, чтобы компенсировать отсутствие правовой базы [2, р. 79–80]. По мнению П. Хьюстинкса, работавшего определенный период

времени инспектором по защите данных, элементами новых подходов должны быть – необходимость повышения осведомленности и разработки соответствующих других правил посредством саморегулирования [2, р. 79]. На уровне ТС сформировалась позиция о том, что в контексте гарантий защиты персональных данных и конфиденциальности информации могут применяться два возможных отступления от ст. 49 GDPR: во-первых, когда передача «необходима по важным причинам общественного интереса», а во-вторых, когда передача «необходима для целей реализации законных интересов, преследуемых контролером, которые не перекрываются интересами или правами и свободами субъектов данных».

В современный период с целью выработки универсальных юрисдикционных правил на уровне различных интеграционных объединений формируются правовые основы гармонизации данной сферы общественных отношений. В рамках Совета Европы с начала 1970-х годов идет поиск средств, способных установить баланс между ст. 8 Европейской конвенции о правах человека об уважении частной жизни и ст. 10 о свободе информации. Самый значительный прогресс на пути к международному соблюдению правил защиты данных произошел в период принятия Конвенции Совета Европы о защите персональных данных (Конвенция 108+), открытой для подписания в октябре 2018 г. Важность этой Конвенции возрастает, как международного и открытого для подписания акта странами, не являющимися членами Совета Европы. Данный документ направлен на усиление защиты персональных данных на международном уровне. На сегодняшний день Конвенция 108+ подписана 28-ю государствами – членами Совета Европы, а также Тунисом и Уругваем. «Конвенция 108+» обновила «Конвенцию 108» 1981 г., ратифицированную 55 государствами¹.

Конвенция 1981 г. была разработана в тесном сотрудничестве с Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), а затем была использована при подготовке Руководящих принципов конфиденциальности для государств – членов ОЭСР

¹ Улучшение защиты персональных данных на глобальном уровне с помощью «Конвенции 108+» // Новости Совета Европы. – URL: <https://www.coe.int/ru/web/porta1/-/strengthening-data-protection-globally-with-convention-108-> (дата обращения: 21.07.2021).

(Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD, 2013 г.). Однако некоторые разительные различия остались, когда оба документа были приняты примерно в одно и то же время. Конвенция 1981 г., модернизированная Конвенцией 108+, полагаем, сыграет решающую роль в качестве международного инструмента конфиденциальности. Ее значимость постепенно повышалась посредством знаковых для защиты персональных данных решений Европейского Суда по правам человека, в числе которых – решение по делу *Flaminio Costa vs ENEL (1964)*, в котором был установлен примат права ЕС над законами его государств-членов; решения по объединенным делам *C-465/00, C-138/01 и C-139/01 – Rechnungshof (C-465/00) vs Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm (C-138/01) and Joseph Lauermann (C-139/01) vs Österreichischer Rundfunk*; решение *Bodil Lindqvist vs Åklagarkammaren i Jönköping (2003)*, в котором было определено, что упоминание различных лиц на интернет-странице и их идентификация по имени или другим способом представляет собой автоматическую обработку персональных данных по смыслу закона Сообщества. Это был первый раз, когда суд вынес решение о сфере действия Директивы 95/46 / ЕС (Директива о защите данных) и свободе перемещения таких данных в Интернете.

Вместе с тем очевидная разница в характере действия Конвенции 108 и Руководящих принципов, а также различия в правовой культуре, национальных интересах, конституционных ценностях, которые продолжают создавать проблемы в международных отношениях как в европейском пространстве, так и за его пределами.

Эммануил Бужиакотис, подчеркивая значимость национальной юрисдикции и потребность сохранения экономического сотрудничества, обосновывает оригинальную модель регулирования конфиденциальности и защиты данных, основанную на использовании многоуровневых связей. По мнению ученого, подход многоуровневых связей направлен на то, чтобы гармонизировать международное сотрудничество и минимизировать конфликт интересов государств [1, р. 6–7].

В целях разрешения возникающих споров автор предлагает учитывать два принципа: государства должны иметь прямую связь с объектом правового регулирования, прежде чем они будут

осуществлять юрисдикцию (1); затрагиваемые сферы правового регулирования должны быть значимы для государства (2).

По мнению Э. Бужиакотиса, не следует в правовом регулировании ограничиваться территориальными пределами действия права. Обосновывается это тем, что предпосылки для создания многоуровневых связей, опирающихся на широкие пространственные пределы давно заложены в праве. В частности, принцип «разрешено то, что не запрещено» четко сформулирован в решении Постоянной палаты Международного правосудия (PCIJ) по делу *S.S. Lotus (Fr. vs Turk)* (1927). В этом решении сформулировало два принципа: 1) государства не могут осуществлять юрисдикцию на иностранной территории, если не существует разрешительного международного права; 2) не может быть введен запрет осуществлять юрисдикцию на территории иностранного государства, если нет запрещающего правила международного права.

Соответственно, по мнению ученого, модель многоуровневых связей способствует развитию принципа юрисдикционной субсидиарности, который получает все большую поддержку среди ученых-международников.

Способ, посредством которого может быть достигнута гармонизация прав, в сфере защиты персональных данных, представляет собой совокупность четырех элементов:

1) определяются линии связи, которые государства хотят использовать, при определении того, какой набор правил будет применен;

2) выбранные направления связи должны быть разделены на категории в соответствии с их интенсивностью применения и значимостью для государства;

3) разрабатываются возможные комбинации линий взаимосвязей; их сопоставляют с количеством ситуаций, к которым они будут применяться;

4) устанавливаются принципы, которые усиливают законные интересы государства, более интенсивно связанного с регулируемой ситуацией [1, р. 9].

Э. Бужиакотисом предложена формула определения комбинаций прочных и свободных взаимосвязей достижения международного консенсуса и гармонизации интеграционного правового регулирования и одновременно защиты национальных интересов,

а также баланса усиленной защиты данных, рыночного саморегулирования и свободы слова.

Вопросы (например, национальная безопасность), по которым достижение консенсуса может быть затруднено даже в рамках предложенной им модели, предлагается согласовывать посредством специальных соглашений и вне рамок генерального соглашения [1, р. 11–12].

Правовые основы защиты персональных данных предлагается группировать в определенных блоках государств, тем самым снизив сложность регулирования до уровня двустороннего или трехстороннего договора. Договоры, по мнению автора, должны быть ратифицированы. И даже в случае, если администрация выберет конкретную линию взаимодействия как доминирующую, высшие судебные органы в целях обеспечения единства практики применения судами такого рода взаимосвязи, руководствуясь конституционными предписаниями, вправе дать определенные разъяснения применения закона. Таким образом предложенная модель не нарушает баланс разделения властей, считает автор [1, р. 13].

Отмечая достоинства предлагаемой модели, Э. Бужиакиотис подчеркивает, что многослойная модель связей возможна и желательна для достижения гармонизации. Во-первых, эта модель может использоваться как исключительный метод, который можно применять только тогда, когда различия между взглядами становятся непримиримыми; во-вторых, по мере того, как стороны становятся вовлеченными в общую нормативно-правовую базу, можно надеяться, что их различия станут меньше и может быть достигнута мягкая и более сильная гармонизация [1, р. 14].

В статье автор отмечает также ряд недостатков многоуровневых взаимосвязей. В частности, обращает внимание на то, что, с одной стороны, предложенная им модель создает набор сложных правил, фрагментарно дифференцируемых между секторами правового регулирования. С другой стороны, модель имеет значительную гибкость, так как позволяет не регулировать все вопросы, и это упрощает достижение консенсуса. Еще одна причина, которая может заставить скептически относиться к модели многоуровневых взаимосвязей, заключается в том, что она может сдерживать разработку единых правил, в том числе правил, обеспечивающих

более надежную защиту конфиденциальности. Однако эта модель, подчеркивает Э. Бужиакиотис, дает немаловажную возможность гармонизировать два конкурирующих начала – космополитизм и государственный суверенитет.

Космополитисты стремятся к Интернету, в котором действуют свои правила, и, следовательно, субъекты, использующие интернет-пространство, могут игнорировать государственные правила. Однако люди и организации, поддерживающие идеи государственного суверенитета, выступают за компетенцию государства устанавливать правила пользования Интернетом в пределах его юрисдикции и по своему усмотрению. Таким образом, описываемая в статье модель, настаивает Э. Бужиакиотис, одним из вариантов выхода из сложившейся достаточно трудной для компромисса ситуации и может обеспечить приоритет принципа уважения к государственному суверенитету, а в идеале – стать первым шагом на пути к глобальной конвергенции в условиях цифровизации.

Э. Бужиакиотис подчеркивает, что в настоящее время регулирование конфиденциальности на международном уровне имеет много опасных моментов, которые в будущем могут привести к большим конфликтам. Для достижения приемлемого компромисса между поддержанием национальных ценностей и недопущением международного конфликта, по его мнению, в большинстве случаев в жизни придется жертвовать чем-то, чтобы получить что-то взамен. Стимулом для компромиссных решений должно быть то, что взамен государства получают больше, чем потеряют в результате уступки.

Список литературы

1. Bougiakiotis E. The layered links model: An alternative approach to international privacy regulation // International data privacy law. – 2020. – Vol. 10, N 3. – P. 1–25. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3464380 (дата обращения: 17.07.2021).
2. Hustinx P. Data protection and international organizations: a dialogue between EU law and international law // International data privacy law. – 2021. – Vol. 11, N 2. – P. 77–80. – URL: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab015> (дата обращения: 17.07.2021).

3. Shurson J. Data protection and law enforcement access to digital evidence: resolving the reciprocal conflicts between EU and US law // International journal of law and information technology. – 2020. – Vol. 28, N 2. – P. 167–184. – URL: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaab011> (дата обращения: 17.07.2021).

ХИЛЬДЕБРАНДТ М. ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. (Реф. ст.)
HILDEBRANDT M. The Artificial intelligence of European Union law // German law journal. – 2020. – Vol. 21, N 1. – P. 74–79. (Article summary).

Ключевые слова: юридическая философия; искусственный интеллект; машинный интеллект; человеческий интеллект; верховенство права; право Европейского союза; Г. Плеснер; Г. Радбрух.

Мирей Хильдебрандт – профессор-исследователь, руководитель кафедры интеллектуальных сред, защиты данных и верховенства права в Институте вычислительных и информационных наук (the Institute of Computing and Information Sciences, ICIS) на научном факультете Университета Радбуда в Неймегене (Нидерланды).

Начинается данная статья с краткого представления ключевых идей двух немецких философов, чьи работы имеют большое значение для изучения действия принципа верховенства закона в эпоху машинного интеллекта – биолога и философа-антрополога Гельмута Плеснера и философа права Густава Радбруха. Недавно переизданная книга Г. Плеснера «Уровни органической жизни и человека: Введение в философскую антропологию»¹ содержит глубокие размышления о различиях между человеческим и машинным интеллектом, включая критику того типа бихевиоризма, который лежит в основе персонализированного микротаргетинга. Основные выводы Г. Плеснера, основанные на том, что он называет эксцентрической позиционностью человека, по мнению автора статьи, хорошо согласуются с ключевыми идеями Г. Радбруха,

¹ Plessner H. Levels of organic life and the human: An introduction to philosophical anthropology. – N.Y. : Fordham univ. press, 2019. – 448 p.

взятыми из его юридической философии, в частности, идея о том, что право определяется антиномическими целями.

Во введении к статье М. Хильдебранд подчеркивает, что разделяет мнение Г. Плеснера относительно расплывчатого понятия «искусственный интеллект» и предлагает определять его как «машинный интеллект», радикально отличающийся от человеческого интеллекта. Именно человеческий интеллект является «глубоко искусственным», а машинный интеллект – «просто автоматизированным» (р. 74). Автор также утверждает, что правильное понимание «способа существования» машинного интеллекта станет одной из главных проблем для ЕС в 2020-е годы. «Если все будет сделано правильно, то мы сможем избежать как информационного капитализма, так и государственного надзора... Избегая ловушек алгоритмической сверхдетерминации, законодательство ЕС должно держать наше будущее открытым таким образом, чтобы оно давало нам силы, а не рассматривало нас как манипулируемые пешки», – полагает автор (с. 74–75).

По Плеснеру, три конститутивных закона человеческого состояния подтверждают то, что, во-первых, природа человеческого интеллекта «глубоко искусственна». Во-вторых, наше познание зависит от опосредованного бытия. В-третьих, наша эксцентрическая позиция порождает утопическую точку зрения. «В сущности, – утверждает Г. Плеснер, – эти законы описывают тот факт, что мы никогда не находимся в согласии с самими собой... Мы не способны к естественному, непосредственному доступу к миру, который мы воспринимаем, к внешнему миру или к миру, который мы создаем, к общему миру, или даже к тому “Я”, которое мы переживаем, к внутреннему миру. Наше “Я” не тождественно самому себе. “Я” – это не субстанция, а точка зрения первого лица, которая зависит от нашей способности принимать точку зрения второго лица, предвосхищая, как другие поймут нас, и от точки зрения третьего лица, которая помещает наше воплощенное “Я” в объективированное пространство». Человеческая свобода воли включает в себя способность ставить собственные цели как в качестве “Я”, так и в качестве “мы”, т.е. как личность и как члена общества» (р. 75).

Другими словами, с точки зрения Плеснера, наше «Я» конституируется, занимая эксцентрическую позицию. Именно несоот-

ветствие самому себе («Я» с «Я») (incongruence of the self with the self) порождает недоразумения и творческие скачки. Именно наша способность вообразить и укрепить мир институтов, который обеспечивает новизну при сохранении законных взаимных ожиданий, позволяет нам с достаточной уверенностью действовать в будущем.

В то же время, очевидно, такое несоответствие определяет нас, создает экзистенциальную неопределенность, которая не может быть разрешена. Эта неопределенность может вызвать страх, душевную боль и тревогу, которые, в свою очередь, могут вызвать ложные обещания относительно безопасной и простой жизни; возникает соблазн популизма, фальшивых новостей и других попыток игнорировать и отрицать раскол, который лежит в основе нас. Столкновение с хрупкостью или устойчивостью общего институционального мира, который мы создаем и поддерживаем, является основой человеческого интеллекта, требуя бдительности и заботы, а также автономии и адаптации (p. 76).

С точки зрения Г. Радбруха, в конституционной демократии право является основой устойчивости общего мира, поскольку право объединяет три противоречивые ценности, определяющие цели права. Во-первых, правовая определенность обосновывает разумную предсказуемость последствий определенных действий. Без такой предсказуемости осмысленное действие невозможно. Во-вторых, правосудие опосредует как распределительное, так и пропорциональное равенство, требуя, чтобы правительство решало аналогичные дела одинаково в той мере, в какой они схожи. В-третьих, инструментальность способствует достижению целей, определенных демократическим законодателем.

Рассматривая далее природу машинного интеллекта, М. Хильдебрандт подчеркивает, что крайне важно признать умные технологии «агентством» («agency»), способным действовать и воздействовать на этот мир. Здесь она ссылается на свою книгу «Умные технологии и конец(ы) права: Новые переплетения права и технологий»¹, в которой предсказывает, что путь между информационным обществом и обществом, основанным на данных, сопряжен со

¹ Hildebrandt M. Smart technologies and the end(s) of law: Novel entanglements of law and technology. – Cheltenham, UK ; Northampton, USA, 2015.

значимыми последствиями для всего мира, от которого мы зависим. Повсеместное использование технологий машинного обучения угрожает неприкосновенности частной жизни, идентичности, автономии, надлежащей правовой процедуре и презумпции невиновности. Умные технологии подрывают, реконфигурируют и отменяют цели закона в конституционной демократии, ставя под угрозу закон как инструмент справедливости, правовой определенности и общественного блага. Тем не менее в своей книге она призывает юристов, компьютерщиков и гражданское общество не отвергать интеллектуальные технологии, объясняя, как дальнейшее использование этих технологий может помочь заново изобрести эффективную защиту верховенства права.

Машины, способные к автоматическим выводам (ИИ), имеют особый тип управления – «управление данными и кодом». Если люди воспринимают цвет, звук, контуры, запахи, вкусы, прикосновения и в то же время наше восприятие всегда опосредовано языком и интерпретацией, то машины ИИ могут воспринимать это только как данные. Это подразумевает среду, состоящую из данных, и их передачу, например, онлайн-среду, виртуальную реальность или среду Интернета вещей. Машины искусственного интеллекта управляются кодом. Чтобы сделать выводы, эти машины требуют кода, например, основанного на исследованиях машинного обучения, которые стремятся сжать большие данные в математическую функцию, так называемую целевую функцию, которая определяет данные с учетом конкретной машиночитаемой задачи. Это, в свою очередь, требует разработки так называемого пространства гипотез, состоящего из потенциально релевантных математических функций. Эти функции служат гипотезами для так называемой целевой функции, которая предположительно лежит в основе закономерностей внешнего, внутреннего или общего мира (р. 77).

Машинный интеллект основан не на *смысле*, а на *математике*. Он не способен принять точку зрения первого или второго лица. Вместо этого он построен на нашем умении смотреть на вещи от третьего лица. Природа машинного обучения – это автоматизация, а не искусственность в смысле Г. Плеснера. Таким образом, машинное «агентство» не имеет возможности развивать

эксцентрическую позицию, поскольку оно только выполняет программу.

Люди понимают окружающую среду по-разному, часто с помощью подсознательных умозаключений, которые называются интуицией. Она позволяет нам предвидеть, как другие будут реагировать на наши действия и какие последствия наши действия будут иметь в среде, в которой мы живем. Это формирует и стабилизирует взаимные ожидания, которые зависят от *смысла* человеческого дискурса, который, в свою очередь, зависит от перформативной природы речевых актов, которые могут быть произнесены или написаны. Использование человеческого языка перформативно в том смысле, что то, что считается хлебом, домом или общественным транспортом и т.д., формируется тогда, когда мы используем эти термины.

Значение терминов зависит от фактического их употребления, свидетельствует об открытой структуре как лексики, так и грамматики наших языков, а также об институциональном контексте, который они обеспечивают. Это создает двусмысленность, креативность и постоянное переосмысление общего мира институциональных артефактов, таких как деньги, контракты, собственность, государство или университет. По этой причине человеческий интеллект тесно вплетен в перформативную природу человеческого дискурса и искусственной среды, которую он создает, поддерживает и преобразует.

Автор утверждает, что современное позитивное право – искусственная конструкция, текстовый артефакт, обусловленный перформативной природой человеческого дискурса. Искусственный характер человеческого права воздействует на общий мир, поскольку позитивное право налагает обязательства, например, по выплате компенсации, или обязанности воздерживаться от вмешательства в общественные блага или частные интересы. Это часто требует сбалансированного подхода, например, когда два или более основных права несовместимы в конкретном случае или когда основное право угрожает в конкретном случае общественному благу, такому как национальная безопасность. Однако несовместимость на уровне конкретных случаев не означает несовместимости как таковой. Решение о том, как сбалансировать конкурирующие антиномические цели на практике, зависит от соблюдения

их конститутивной силы. Перефразируя Радбруха, автор пишет: «Современное позитивное право определяет и защищает общий мир, поддерживая антиномический характер ключевых стимулов, которые движут правом в конституционной демократии: правовая определенность, инструментальность и справедливость» (с. 78). Без правовой определенности верховенство права либо «рухнет» в этику и станет зависеть от этических наклонностей тех, кто находится у власти, либо проявится в произволе закона, разрушая сдержки и противовесы, обеспеченные независимой судебной системой. Отсутствие закона вынуждает власть искать другие инструменты для осуществления своей политики. Без справедливости позитивное право становится формальным, оно отделяется от морали, служит власти. Это означает, что попытки разрешить антиномическую природу права могут закончиться разрушением общего мира, поскольку общий мир в конституционной демократии основан на современном позитивном праве. Юридический позитивизм сводит право к жесткому типу легализма. Естественное право, приравнивающее философию права к философии морали, сводит право к этике. Наконец, «реальная политика» циничной политической науки или даже критических юридических исследований сводит право к распределению рисков и возможностей, полностью зависящих от игры власти (там же).

Антиномический характер современного позитивного права согласуется с эксцентрической позиционностью человеческой природы. И то, и другое подчеркивают недетерминированную природу человеческой свободы воли и общего мира, который она черпает и питает. Интеллект человеческих индивидов и человеческих коллективов процветает на этой конститутивной неразрешимости; поэтому он может быть смоделирован, но не установлен машинными агентами.

Искусственный интеллект бросает вызов европейскому законодателю. Многие проблемы, с которыми сталкиваются сегодня государства, могут потребовать широкого использования надежного ИИ. Инструменты искусственного интеллекта могут понадобиться при разработке устойчивого подхода к нехватке энергии и воды, засухам, турбулентным погодным условиям с потенциально катастрофическими последствиями, управлению стихийными бедствиями и реконфигурации рынков труда в связи с экономической

миграцией. Надежный ИИ может быть разработан только в том случае, если он основан на здоровом и спорном исследовательском проекте, закрепленном в основных принципах открытой науки, а не на принципах соблазнительных маркетинговых стратегий, основанных на манипулятивных допущениях бихевиористской теории подталкивания.

Именно здесь европейскому праву, по мнению автора, придется утвердить и заново изобрести свой искусственный интеллект, закрепленный в системе сдержек и противовесов верховенства права. Антропология Г. Плеснера высвечивает эксцентрическую позиционность, лежащую в основе человеческого интеллекта, придает антиномический характер праву в конституционной демократии, о котором пишет Г. Радбрух. Это имеет основополагающие последствия для использования машинного интеллекта. Юрисдикции, которые понимают ограниченность машинных умозаключений, которые питаются машиночитаемым человеческим поведением, получают конкурентное преимущество по сравнению с юрисдикциями, которые не принимают во внимание эксцентрическую позиционность человеческого интеллекта (с. 79).

О.Л. Алферов

КОРКЕА-АХО Э. ПРАВОВОЕ ЛОББИРОВАНИЕ: ВОЗРАСТАЮЩАЯ (НО СКРЫТАЯ) РОЛЬ ЮРИСТОВ И ЮРИДИЧЕСКИХ ФИРМ НА РЫНКЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УСЛУГ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА. (Реф. ст.).

KORKEA-ANO E. Legal lobbying: the evolving (but hidden) role of lawyers and law firms in the EU public affairs market // German law journal. – Cambridge, 2021. – Vol. 22, N 1. – P. 65–84. (Article summary).

Ключевые слова: законодательство ЕС; правовое лоббирование; юридическая профессия; государственные услуги; юридические фирмы: юристы; профессиональная тайна.

Эмилия Коркеа-Ахо, доцент кафедры европейского права и законодательных исследований в Юридической школе Университета Восточной Финляндии, научный сотрудник Академии Финляндии, отмечает, что за последнее десятилетие выросло число государств и транснациональных политических образований, заинтересованных в законодательном лоббировании. В их число входит и Европейский союз. Это отражается на правовом регламентировании лоббирования законов. Основная цель законодательства, регулирующего лоббирование и связанных с ним процессов, заключается в увеличении прозрачности этих процессов. Законодательство ЕС также исходит из того, что прозрачность является основой ответственности и общественность должна быть в курсе того, как лоббисты влияют на политические системы.

По мере роста внимания к тому, как должно регулироваться лоббирование, начали возникать вопросы относительно учета услуг, оказываемых юридическими фирмами. Вовлеченность отдельных юристов и юридических фирм в публичную сферу возрастает. Услуги, которые они оказывают своим клиентам, зачастую мало чем отличаются от деятельности лоббистов.

Практически все крупные юридические фирмы содействуют формированию законодательства, при этом именоваться эта услуга может по-разному – в одних фирмах она включена в раздел «публичная политика», у других – в «политическое право». Некоторые фирмы указывают эту услугу в качестве ключевого рыночного преимущества (с. 66).

По мере того как эта роль юристов становится всё более видимой, проявляются несовершенства законодательства, регулирующего лоббирование. Реестры прозрачности как на национальном уровне, так и на уровне ЕС, требуют регистрации и раскрытия определенной информации лицами, оказывающими услуги лоббирования. Юридические фирмы успешно избегают этого, ссылаясь на профессиональную тайну. Технический вопрос толкования понятия лоббирования порождает еще больше вопросов: где находится грань между юридическими услугами и услугами лоббирования? Можно ли разделить роли юриста и лоббиста? Может ли существовать юрист-лоббист? Это вопросы не чисто академического характера. Они имеют прямое отношение к легитимности всего законодательного процесса. Ведь, если юристы могут заниматься лоббизмом без регистрации в установленном порядке, появляется теневой рынок услуг в публичной сфере.

На уровне ЕС все лоббисты должны зарегистрироваться в Реестре прозрачности (Transparency register), учрежденном Европейским парламентом и Европейской комиссией, и ежегодно обновлять информацию о себе. Кроме того, Реестр предусматривает определенный Кодекс поведения, которому следуют все зарегистрированные в нем. Реестр был учрежден в 2011 г. и в настоящее время содержит записи о 12 тыс. лоббистах, включая лиц, оказывающих консультационные услуги, штатных лоббистов, торговые и бизнес ассоциации, НПО и пр. (с. 68). В Реестр вносится информация о том, какие интересы лоббируются, кем и в пределах какого бюджета. Согласно параграфу 7 Межинституционального соглашения между Европейским парламентом и Европейской комиссией (The Interinstitutional Agreement between the European Parliament (EP) and the European Commission (Commission)), устанавливающему принципы деятельности Реестра, в него должны быть включены все виды деятельности, реализуемые с целью прямого или косвенного воздействия на формирование или импле-

ментацию политики и процесса принятия решений учреждениями ЕС, вне зависимости от того, где это происходит или какой канал коммуникации используется. Эта формулировка используется в ЕС в качестве рабочего определения лоббизма.

Хотя регистрация в Реестре является добровольной, на практике она воспринимается как обязательная, поскольку Европейская комиссия встречается только с зарегистрированными в нем лоббистами. Между тем юристы представляют собой самую большую группу лоббистов, не зарегистрированных в Реестре вовсе, либо зарегистрированных, но не предоставивших полную информацию, и тем не менее оказывающих соответствующие услуги. Отсутствие регистрации в Реестре привлекает в фирмы клиентов, желающих влиять на политику, но при этом стремящихся избежать публичности (с. 69).

Для того чтобы избежать занесения в Реестр, в первую очередь используются положения параграфа 10 Межинституционального соглашения, закрепляющие пять видов юридических услуг, не требующих регистрации (с. 73). К этим услугам относятся:

- консультационная работа и контакты с общественными органами в целях лучшего информирования клиента о правовой ситуации в целом или его конкретной ситуации, или с целью информирования его о том, насколько приемлем или допустим конкретный правовой или административный шаг согласно существующему правовому порядку;

- консультирование клиента относительно того, какие шаги следует предпринять для соблюдения закона;

- подготовка анализа влияния на положение клиента любых законодательных или регулятивных изменений в области, в которой клиент осуществляет свою деятельность;

- консультирование в области разрешения конфликта;

- консультирование в области реализации основных прав клиента в области справедливого судопроизводства, включая право на защиту в административном процессе.

Реестр также закрепляет случаи, когда деятельность, относящаяся к юридическому консультированию (параграф 10 (3) Межинституционального соглашения), подлежит регистрации. Во-первых, это ситуации, когда «предоставляется справочный материал, посредством представительства или медиации, либо пропа-

гандистский материал, включая аргументацию и написание». Во-вторых, когда консультирование может быть расценено как «дача тактических или стратегических разъяснений, включая вопросы, спектр и время сообщения которых свидетельствуют о намерении влиять на учреждения ЕС, их членов и ассистентов или официальных лиц, и иных сотрудников» (цит. по: р. 73).

Таким образом, отсутствует точность в определении того, какую деятельность, относимую к юридической, следует регистрировать в Реестре. Руководство по имплементации, выпущенное Объединенным секретариатом Реестра, также не пролило свет на этот вопрос. Неизвестно, что именно привело к такой ситуации, неясность законодательства или намеренное использование юристами этой неясности в свою пользу, но из 60 крупных юридических фирм, зарегистрированных в Брюсселе и специализирующихся на международном и европейском праве и политике, только 13 зарегистрированы в Реестре.

Вполне возможно, что юристы, оказывающие услуги по лоббированию, не видят в себе лоббистов. Роли юриста и лоббиста могут быть для них несовместимы. И тем не менее юристы участвуют в процессах принятия решений от имени своих клиентов и делают это не обеспечивая прозрачность этого процесса.

В статье рассматриваются две идеализованные роли юриста – правового эксперта и адвоката. В реальной жизни юрист-лоббист находится где-то между ними. Описание этих ролей дает возможность оценить ценность экспертизы как информационного инструмента лоббирования, так и одновременно рассмотреть правовое лоббирование в качестве устоявшейся практики продвижения (*advocacy*) в процессе обслуживания интересов клиента. Что еще более важно, выделение этих ролей помогает продемонстрировать противоречивые требования, налагаемые на юриста-лоббиста его ролью правового эксперта – источника нейтральной и имеющейся в общественном доступе информации, с одной стороны, и адвоката – конфиденциально общающегося с клиентом, с другой (с. 83).

Э. Коркеа-Ахо удалось выделить также два ключевых вопроса, ассоциированных с деятельностью юриста-лоббиста. Первый – распространяется ли профессиональная тайна на лоббистские услуги, оказываемые юридическими фирмами. Современное толкование понятия профессиональной тайны предполагает, что

фирма может раскрывать информацию о своей деятельности, включая ту, что выпадает за рамки консультирования, только в ситуации, когда клиент выражает прямое согласие с этим. Такое понимание, по мнению автора, представляется неправильным, поскольку не принимает в расчет связь между тайной и правовой деятельностью, т.е. «защитой клиента по закону» (с. 79). Второй вопрос – что считать правовой деятельностью. Реестр исключает определенные виды деятельности (консультирование) в силу того, что они являются нейтральными и объективными, а также относятся к конкретным обстоятельствам отдельного клиента, отдельного дела или контракта и, вследствие этого, подпадают под защиту профессиональной тайны.

Подводя итог, Э. Коркеа-Ахо показывает, чем юрист-лоббист отличается от других лоббистов. Первое отличие заключается в том, что юрист-лоббист представляет свою экспертизу лицу, принимающему решения, как правовой эксперт, и облекает политические интересы клиента в форму технократического языка права. Второе отличие – он может избежать раскрытия информации о клиенте, благодаря ссылке на профессиональную тайну. В первом случае он как бы дистанцирует своих клиентов от процесса выработки политики, предоставляя ему якобы нейтральную правовую информацию. Во втором – обеспечивает клиенту анонимность. Эта с двух сторон выигрышная ситуация делает юриста-лоббиста уникальным актором.

Между тем, с точки зрения прозрачности и общественного восприятия юридической профессии, ситуация далека от идеальной или благоприятной. Противоречия между прозрачностью и правилами профессиональной тайны могут негативно повлиять на легитимность законотворческого процесса и процесса принятия решений, и стать для профессии не благом, а бременем. В сложившейся ситуации «мяч у юристов», и им следует занять более активную позицию по этому вопросу.

Н.В. Кравчук

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 342

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.08

КОДАНЕВА С.И.¹ ПРАВОВАЯ ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И НАЦИОНАЛЬНАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ РОССИИ: ПРАВОВЫЕ ИНСТРУМЕНТЫ ЕЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ. (Обзор).

Аннотация. В настоящее время в мире наблюдается тенденция глобализации права как ответ на вызовы, стоящие перед человечеством. Это приводит к унификации различных правовых семей и требует поиска новых методологических подходов к формированию российского права с учетом необходимости защиты, прежде всего, национальной безопасности страны. Россия сталкивается с множеством подобных угроз: как внешних, так и внутренних. Это и глобализация, и стремительное развитие цифровых технологий, и целенаправленное подрывное воздействие других государств, и внутренние социальные проблемы, радикализация части общества, рост преступности. В настоящем обзоре представлены три монографии российских авторов, которые анализируют состояние современного российского законодательства по данной проблематике.

Ключевые слова: национальная безопасность; правовая глобализация; права человека; уголовное право; цифровые технологии.

KODANEVA S.I. Legal globalization and national security of Russia: Legal instruments for their solution. (Review).

Abstract. Currently, there is a tendency in the world to globalize law as a response to the challenges facing humanity. This leads to the unification of various legal families and requires the search for new

¹ Коданева С.И., ведущий научный сотрудник отдела правоповедения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

methodological approaches to the formation of Russian law, taking into account the need to protect, first of all, the national security of the country. Russia faces many similar threats, both external and internal. This includes globalization, the rapid development of digital technologies, the purposeful subversive influence of other states, internal social problems, the radicalization of a part of society, and the growth of crime. This review presents three monographs by Russian authors who analyze the state of modern Russian legislation on this issue.

Keywords: national security; legal globalization; human rights; criminal law; digital technologies.

Одним из проявлений глобализации является правовая глобализация, которая определяется как процесс формирования общемировой системы правовых норм, организующих и обеспечивающих глобальное межгосударственное взаимодействие в различных сферах жизни общества, в процессе которого международное и национальное право находятся в состоянии постоянного взаимодействия. Правовая глобализация тесно связана с обеспечением национальной безопасности, как состояния защищенности национальных интересов от внутренних и внешних угроз. Поэтому основной задачей государства в условиях правовой глобализации, с одной стороны, является минимизация негативных факторов, способных определенным образом воздействовать на национальную безопасность государства. С другой стороны, публично-правовые образования должны содействовать положительным тенденциям глобализации, укреплению международного сотрудничества, реализации прав и свобод человека и гражданина.

Основное направление правовой глобализации – формирование правовой организации мирового сообщества (как совокупности национальных правовых систем, обеспечивающих безопасность индивида, государства и общества в целом) и мирового правопорядка (общественные отношения планетарного масштаба, сформированные на основе общегуманистических и естественно-правовых начал и функционирующие в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного и внутригосударственного права).

Определяющим фактором становления правовой глобализации является универсальность принципов права (справедливость и

равенство и др.). Особенностью правовой глобализации является то, что интеграционные процессы возникают как результат общих проблем, таких как изменение климата, решение которых возможно только глобальными нормативно-правовыми механизмами, которые обеспечивают широкое международное сотрудничество в области права и синхронность институциональных нововведений всеми государствами.

Основными тенденциями правовой глобализации являются унификация и универсализация права, широкое использование принципов права в правовом регулировании, усиление значения и роли прецедентного права и судебной практики. Так, авторы монографии «Глобализация – безопасность государства – национальные интересы: доктрина права и правовая жизнь» отмечают тенденцию сближения континентальной и англо-саксонской семей права: первая становится более гибкой за счет расширения дискреционных полномочий исполнительной и судебной властей, а вторая – напротив, приобретает черты жесткости за счет расширения законодательного регулирования.

В связи с этим в данной монографии рассматривается вопрос о том, какая модель права больше соответствует современным требованиям экономической безопасности государства, выражающейся, прежде всего, в интенсивном технологическом развитии, требующем привлечения значительных инвестиций в исследования и разработки.

Так, современное состояние научно-технологического развития характеризуется появлением многих прорывных технологий (таких как блокчейн, искусственный интеллект, аналитика больших данных и т.д.), формирующих принципиально новые модели бизнеса, формы государственного управления и общественные отношения в целом. Соответственно, они не укладываются в рамки действующего законодательства. Это поднимает сложные вопросы актуализации нормативно-правового регулирования новых отношений. Как подчеркивают авторы, данная проблема крайне важна и актуальна, поскольку, с одной стороны, отсутствие правового регулирования только формирующихся технологий является фактором, тормозящим их развитие и привлечение инвестиций на соответствующие исследования. С другой стороны, попытки законодателя принимать «опережающее» законодательство, т.е. пытаться

сформировать правовые рамки для будущих технологий и основанных на них общественных отношений – дело рискованное, поскольку крайне трудно прогнозировать в данных сферах, и такое новое законодательство может оказаться ошибочным. При этом процедуры законотворчества, существующие в России очень длительные, а изменение действующего законодательства требует значительных временных, финансовых и прочих затрат. Это не позволяет оперативно реагировать на появление новых общественных отношений. Как отмечают авторы, такой жесткий подход предпочтителен на ранних этапах развития новых технологий (при условии, что он стимулирует инвестиции в НИОКР), однако он несет в себе риск того, что количество инноваций будет либо неэффективно низким, либо неэффективно высоким. На средней и поздней стадиях разработки и внедрения новых технологий жесткая система права будет неэффективной [1, с. 149].

В мире всё большее распространение получает концепция «мягкого права», которое вырабатывается, как правило, частными учреждениями и организациями. В случае признания рекомендуемых правил сторонами договора, они становятся обязательными для участников соответствующих правоотношений. Например, по пути «мягкого права» идут международные организации в сфере регулирования цифровой торговли, а также социальные сети.

Однако авторы монографии отмечают опасность данной тенденции: частные корпорации и крупные инвесторы, не связанные нормативными ограничениями, могут использовать свое «мягкое право» исключительно в собственных коммерческих целях, при этом нарушая права граждан. Так, в монографии приводится пример, когда Bank of America понизил рейтинг компании Chipotle из-за того, что ее затраты на рабочую силу «слишком высоки». Это привело к тому, что компания была вынуждена снизить размер зарплат своих работников [1, с. 79].

Поэтому авторы полагают, что приоритетными для экономической безопасности страны были бы расширение дискреционных полномочий исполнительной власти и переход к системе прецедентного права, поскольку суды могут более оперативно и гибко реагировать на меняющиеся общественные отношения, постепенно формируя новые правовые конструкции по мере развития технологий [1, с. 107].

Кроме того, авторы обращают внимание на важность сравнительно-правового метода в исследовании правового обеспечения национальной безопасности, актуальность которого, с одной стороны, многократно возросла в условиях глобализации. С другой стороны, для России данный метод может быть полезен, учитывая, что большинство бывших республик СССР имеют общие правовые корни и то, как их законодательство трансформируется под влиянием современных угроз и вызовов может служить хорошим объектом для исследования и поиска наиболее оптимальных правовых решений. Так, в монографии проводится анализ правового регулирования вопросов национальной безопасности в странах СНГ. Преимущественно авторы используют нормативный способ сравнительно-правового исследования, при котором соотносятся сходные правовые нормы, институты, законодательные акты. Однако по мере возрастания различий между правовыми системами стран СНГ, их большей интеграции с иными правовыми системами, по их мнению, будет возрастать роль функционального способа, при котором исследуются правовые средства и способы решения сходных правовых проблем. Сегодня данный способ актуален при сопоставлении законодательств государств Шанхайской организации сотрудничества, в которую входят КНР, Индия и Пакистан, поскольку их правовые системы сильно различаются между собой и по сравнению с остальными участниками ШОС [1, с. 213].

Далее авторы проводят сравнительно-правовой анализ того, как в разных странах мира формировалось законодательство о киберпреступности, поскольку в современных условиях данная сфера несет значительные угрозы как безопасности государства в целом, так и безопасности отдельных людей – пользователей Интернета. Показано, что первый законопроект в данной сфере был разработан в США в 1977 г., а в 1984 г. в этой стране был принят Закон о мошенничестве и злоупотреблении с использованием компьютеров, криминализировавший указанные противоправные деяния. В других странах мира законодательство в данной области развивалось по-разному. В некоторых государствах, например, Японии, Нидерландах, Германии, были внесены изменения и дополнения в уголовные кодексы, касающиеся введения квалифицирующих признаков киберпреступлений в уже существующие составы преступлений. В других странах, например, Сингапуре, принимались

отдельные законы (например, Закон о неправомерном использовании компьютерных технологий), содержащие отсылочные нормы к другим законам страны [1, с. 324–330].

В России, как отмечают авторы, существует «узкая и неразработанная правовая база, а деятельность органов внутренних дел по противодействию киберпреступлениям представлена довольно скудно. В связи с этим в Российской Федерации сложилась благоприятная ситуация для развития виртуальных преступлений» [1, с. 332].

Тему уголовно-правовых инструментов обеспечения национальной безопасности развивают В.К. Дуонов и Р.В. Закомолдин [2]. Они отмечают, что проблема преступности и борьба с ней входят в число самых актуальных угроз для населения страны. Противодействие этим угрозам имеет ключевое значение для укрепления стабильности общественных отношений и обеспечения безопасности как в глобальном масштабе, так и на национальном уровне [2, с. 21].

Анализ состояния преступности, ее тенденций и прогностических оценок свидетельствует, что сегодня она представляет собой качественно новый феномен как по своим масштабам, так и по степени негативного влияния на всю жизнедеятельность общества, на обеспечение надежной защиты прав и законных интересов граждан, на функционирование государственных институтов. В последние годы криминальная среда активно консолидировалась, приобрела более высокий профессионализм и организованность, многоцелевую и крупномасштабную ориентацию. Ее усилению способствовало возрастание технической оснащенности. Соответственно, значительно расширился комплекс угроз социально-политической стабильности общества. Многие из них малознакомы или незнакомы вовсе (например, новые формы киберпреступности, а также традиционной преступности, совершаемой с помощью DarkNet), что повышает их опасность.

Авторы отмечают, что современное уголовное право не адекватно этим новым угрозам, прежде всего, в силу отсутствия системного подхода к пониманию общего объекта уголовно-правовой охраны. В соответствии с УК РФ – это «общественная безопасность». Однако данный термин используется в кодексе как в общем (широком), так и в специальном (узком) аспектах. В част-

ности, общественная безопасность рассматривается в качестве общего объекта всех преступлений, хотя, по мнению авторов, она не может включать в себя безопасность деятельности государственных институтов, как и безопасность отдельной личности [2, с. 37].

Проведенное исследование показывает, что в законодательстве РФ отсутствует четкое определение термина «безопасность» и его объектов, что и приводит к путанице. Так, авторы не соглашались с той точкой зрения, что не следует включать в систему субъектов обеспечения безопасности граждан общественные организации и органы местного самоуправления. Такой подход основан на том, что субъектом безопасности является только государство, что, по мнению авторов, в корне не верно [2, с. 49].

В.К. Дуюнов и Р.В. Закомолдин полагают, что безопасность охватывает государство (его конституционный строй, суверенитет и территориальную целостность), общество (его материальные, духовные и иные блага) и личность (ее права и свободы). Соответственно, понятие безопасности не ограничивается только общественной безопасностью, и эти два понятия не являются синонимами. Поэтому авторы предлагают использовать термин «общественная безопасность» только применительно к преступлениям против общества, а для определения общего объекта уголовно-правовой охраны использовать иное – более широкое понятие «национальная безопасность» [2, с. 83].

Далее авторы анализируют категорию «национальная безопасность», которая нашла закрепление в законодательстве (Концепция национальной безопасности РФ, утвержденная Указом Президента РФ от 17.12.1997 № 1300; Стратегия национальной безопасности РФ, утвержденная Указом Президента РФ от 31.12.2015 г.) и активно используется как в общей теории права, так и практически во всех отраслях права. В частности, они не соглашались с точкой зрения, согласно которой «национальная безопасность» является синонимом «государственной безопасности» и «военной безопасности». По их мнению, государственную и военную безопасность следует рассматривать как разновидность национальной безопасности, ее составные элементы. Критерием выделения государственной безопасности является круг субъектов национальной безопасности (в частности, государство), а военной безопасности – круг охватываемых социальных сфер (в частности,

сфера обороны). При этом субъектом национальной безопасности является нация как триединство личности, общества и государства, а объектом – национальные интересы как совокупность гармонично сочетаемых интересов личности, общества и государства [2, с. 156].

Таким образом, национальная безопасность является сложной и многогранной категорией, которая распространяется на все социальные сферы. С учетом проведенного анализа В.К. Дуюнов и Р.В. Закомолдин предлагают внести изменения в ст. 2 и 14 УК РФ, закрепив, что целью УК РФ является обеспечение национальной безопасности. Для достижения данной цели ставятся задачи по охране права и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя и военной безопасности РФ от преступных посягательств. Соответственно, предлагается определить преступление как виновно совершенное деяние, представляющее опасность для национальных интересов страны [2, с. 239].

Авторы подчеркивают, что данный подход будет способствовать обеспечению таких необходимых качеств уголовного законодательства, как системность и динамизм при одновременной его общей стабильности. Кроме того, это обеспечит выстраивание логичной структуры Особенной части УК РФ и, как следствие, в целом эффективность уголовно-правовой охраны и уголовно-правового воздействия [2, с. 240].

П.П. Фантров, В.М. Шинкарук., Н.А. Соловьева, В.Н. Гуляихин также проводят анализ содержания национальной безопасности. В их монографии представлен обширный обзор научных взглядов по данной проблематике: как либеральных, так и этатистских. При этом они приходят к выводу, что национальная безопасность должна характеризоваться исключительно в контексте защиты национальных интересов от внутренних и внешних угроз. Современная система национальной безопасности должна быть способна учитывать изменения, происходящие во взаимодействии квадриады «глобальный мир – общество – государство – человек» и такими угрозами, как возможность возникновения экологических и техногенных катастроф, а также деструктивных новообразований в политической и социальной системах [3, с. 36].

Со становлением информационного общества меняется как характер опасностей и угроз, так и соотношение составляющих в системе обеспечения национальной безопасности. Это обуславливает необходимость совершенствования концептуальных основ национальной безопасности. Военно-силовые методы здесь все больше уступают место «мягкой силе».

Соответственно, авторы признают необходимость разработки новых, наиболее оптимальных научно-методических подходов к обеспечению безопасности личности, общества и государства, а также нового методического аппарата по формированию политики и стратегий обеспечения национальной безопасности в условиях современных реалий и вызовов [3, с. 52].

Безопасность государства означает неприкосновенность его границ, гарантию независимости, суверенитет, территориальную целостность, незыблемость государственного строя, действенность конституционных принципов, защиту прав и свобод граждан, регламентируемых законодательством. Безопасность личности подразумевает обеспечение первичных потребностей и гарантированную защиту ее жизненно важных интересов, позволяющих в полной мере использовать ее физический, интеллектуальный и духовный потенциал не только для ее персонального становления, но и в интересах государства и общества. Обеспечивая безопасность личности государство должно поддерживать деятельность институтов гражданского общества, отстаивающих ее интересы. Безопасность общества характеризуется наличием действенной негосударственной системы обеспечения национальной безопасности, широкого общественного контроля за деятельностью государственных институтов, развитых институтов гражданского общества, высокого уровня политической культуры, действенных механизмов защиты конституционных прав и свобод граждан.

Между этими тремя сферами безопасности существуют диалектические противоречия, которые и выступают первоисточником развития национальной безопасности [3, с. 58].

П.П. Фантров с соавторами признают, что в современных условиях институты гражданского общества, такие как НКО и независимые СМИ, зачастую используются в качестве агентов иностранного влияния с единственной целью – смены власти и изменения нынешнего политического курса страны. Мировая практика

показывает, что гражданские ассоциации не всегда являются площадкой для формирования безопасного общества, поскольку они могут способствовать становлению авторитарных и тоталитарных политических режимов. Вместе с тем авторы подчеркивают, что многие конструктивные НКО оказывают огромную помощь тем людям, которые в ней остро нуждаются. Кроме того, именно через них должна проявляться активная гражданская позиция граждан, отстаивающих свои права [3, с. 125].

Национальная безопасность России напрямую зависит от уровня участия граждан в политических процессах, но только при условии, если они не выходят за рамки конституционно-правового поля.

Соответственно, по мнению авторов, государственная власть и общество должны стремиться направить активность граждан в конструктивное русло и ни в коем случае не пытаться выхолостить ее, придавая ей имитационный характер. В связи с этим включение конструктивно настроенных общественных организаций в систему национальной безопасности является важным условием ее совершенствования и нивелирования разногласий общества и государства.

Зрелость институтов гражданского общества в решении социально-политических проблем государства, включая нивелирование угроз безопасности страны, зависит не столько от количества НКО, сколько от качества их активности при реализации жизненно значимых интересов и наличия действенных каналов коммуникации между властными структурами и гражданами.

Их продуктивность обусловлена потенциалом используемых политических технологий. Поэтому далее авторы подробно рассматривают три категории таких технологий: массовые, конструктивные и социализирующие. К массовым технологиям они, прежде всего, относят краудсорсинг, на примерах показывая, как данную технологию можно использовать при борьбе с сетевым экстремизмом и терроризмом. Также это различные сетевые и PR-технологии.

К конструктивным технологиям они относят системный диалог, общественный контроль, гражданский мониторинг, общественную экспертизу, политическое проектирование и форсайт.

Социализирующие технологии используются для адаптации аполитичных и деструктивно настроенных граждан к существую-

щей политической системе. Реализация этих технологий предусматривает объект-субъектные отношения между участниками процесса. Ведущая роль здесь отводится органам власти и ассоциациям граждан правоохранительной направленности (ДНД, казацьи дружины, студенческие оперативные отряды), настроенным на борьбу с криминальными или маргинальными политическими группировками.

Проведенные авторами исследования показали, что наиболее действенными из перечисленных являются такие технологии, как общественный контроль, системный политический диалог, сетевые и PR-технологии.

Список литературы

1. Глобализация – безопасность государства – национальные интересы: доктрина права и правовая жизнь : монография / под общ. ред. Р.В. Пузикова, В. Фэхлера. – Тамбов : Принт-сервис, 2020. – 476 с.
2. Дуюнов В.К., Закомолдин Р.В. Уголовно-правовое воздействие в механизме обеспечения национальной безопасности. – Москва : РИОР, 2020. – 243 с.
3. Теория и практика обеспечения национальной безопасности России: Взаимодействие общества и государства / Фантров П.П., Шинкарук В.М., Соловьева Н.А., Гуляихин В.Н. – Волгоград : Волгогр. гос. ун-т, 2020. – 249 с.

**ПЛИГИН В.Н. ЛЕГИТИМНОСТЬ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА:
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ. – Москва :
Проспект, 2021. – 376 с. (Реф. кн.).**

Ключевые слова: легитимность; теории легитимности; принципы права; избирательная система; административная ответственность.

Монография ведущего научного сотрудника Института государства и права РАН, кандидата юридических наук, заслуженного юриста Российской Федерации В.Н. Плигина посвящена вопросам междисциплинарных фундаментальных исследований государства и права в условиях формирования, поддержания и преодоления кризиса легитимности как базового условия сохранения социумом собственного суверенного развития.

Анализ легитимности государства и права в социально-философском контексте автор начинает с изучения определений понятия легитимности, сформулированных междисциплинарными исследователями. Под легитимностью понимается: 1) возможность системы породить и поддержать веру в то, что существующие политические институты наиболее приемлемы для общества; 2) уровень поддержки институтов и их качеств, признание их как правильных и умных; 3) «моральное обязательство», воспринимаемое обществом в качестве присущего политическому режиму (с. 9).

Теоретические подходы к легитимности обогащаются новыми концепциями, на рассмотрении некоторых из них и сосредоточивает внимание автор. Так, наибольший интерес, по мнению автора, представляют работы Ю. Хабермаса, исследующего вопросы легитимизации режимов современных государств (с. 10), в центре внимания также концепция Н. Лумана, основанная на коммуникативной теории, здесь легитимность рассматривается в рамках власти и коммуникации (с. 19) и воззрения М. Фуко, считающего, что

обоснование новых структур власти проходит «под знаком идеи о добродетели как государственном деле, где право воцаряется с помощью силы “верховенства добра”, оправдывающего становление жесткого дисциплинарного порядка. В силу этого формы легитимации власти рассматриваются в качестве поверхностных проявлений конкретного режима “власти-знания”» (цит. по: с. 23).

В монографии излагается суть концепции легитимности власти через призму справедливости власти одних людей над другими, предложенной американским философом Дж. Ролзом (с. 28), и содержание доктрины П. Бурдьё (с. 33), рассматривающего легитимность как политический капитал, основанный на вере и признании, что это односторонняя покорность. Но «власти никогда не удастся достичь полного господства и добиться абсолютного права формировать и навязывать легитимное видение социальной реальности» (цит. по: с. 34).

Далее процессы формирования и развития теории легитимности прослеживаются на основе анализа трудов таких современных социологов и политологов, как М. Вебер и Е. Грабер (с. 39), в концепциях М. Догана и Д. Хелда (с. 53), Т. Парсонса (с. 62), С.М. Липсета и Д. Истона (с. 70). Такой широкий научный подход к идее легитимности позволил В.Н. Плигину раскрыть роль исторических и социальных условий формирования легитимности.

Основываясь на анализе различных точек зрения ученых на легитимность, автор резюмирует, что понятие легитимности «должно сформироваться в результате самостоятельного осмысления наиболее заметных исследований, оно не может быть сведено к простому набору ограниченных характеристик», что непонимание проблемы легитимности государства и права может привести к кризисам общественного развития, распаду государств, гражданским конфликтам и «написанию истории заново» (с. 99).

Основная часть монографии В.Н. Плигина посвящена исследованию теории и практики обеспечения легитимности Российского государства и права. В связи с этим автор анализирует различные точки зрения российских ученых на феномен легитимности. Если кратко изложить их, то в общей интерпретации легитимность трактуется как важнейшее условие существования любого социума. Критериями легитимности власти признаются степень и качество выполнения властью обязательств перед доверившимся ей

обществом. Утрата легитимности власти приводит к созданию авторитарного строя. Легитимная власть должна отвечать следующим требованиям и критериям: соблюдение принципа единства власти как выразителя интересов народа; соответствие формальным законодательным правилам и процедурам (т.е. Основному закону государства); соответствие не только букве, но и духу законов, а также моральным нормам и нравственным принципам; соответствие деятельности уже утвержденных во властном качестве субъектов правовым нормам; компетентность, добросовестность и рациональность действий власти (с. 111).

Среди основных теорий легитимности права в современной правовой науке выделяют позитивистскую, естественно-правовую и социологическую. Позитивистская теория признает государство как единственный источник права. Однако существуют и такие точки зрения, согласно которым источниками могут считаться и другие субъекты. Подчеркивается, что современные авторы понимают важность использования концепции легитимности правовой сферы в целом, однако это не отменяет дискуссионного характера их теоретических рассуждений. В монографии представлены точки зрения на легитимность С.А. Киреевой, И.Л. Честнова, Н.Н. Вопленко, И.А. Исаева, Г.В. Мальцева и др.

Значительное внимание уделяет В.Н. Плигин роли принципов права в обеспечении легитимности правовой системы. Анализируются мнения ведущих российских ученых М.Н. Марченко, Н.И. Матузова, А.В. Малько о том, что принципы права должны отражать и выражать основные ценности, на которые ориентируется право. Отдельный параграф посвящен исследованию системы конституционных принципов как фактора легитимного функционирования российской правовой системы.

Далее на основе массива законодательных актов В.Н. Плигин раскрывает содержание избирательной системы в механизме обеспечения легитимности Российского государства, а также анализирует стенограммы обсуждения проектов законодательной базы при переходе к пропорциональной избирательной системе. Исследуются в данной работе и дискуссионные обсуждения принятия отдельных федеральных законов и поправок к ним, внесенных непосредственно автором монографии (с. 245).

Как известно, особое значение легитимность действий государства приобретает в условиях конфликта «человек – государство». В связи с этим рассматриваются проблемы административной ответственности и механизмы ее обеспечения. Этот вид правовой ответственности в рамках происходящей кодификации административно-деликтного регулирования является предметом наиболее острых споров. Обобщенные данные говорят о том, что в течение года в России различные субъекты привлекаются к административной ответственности более 200 млн раз (с. 318). Такая статистика отражает состояние правопорядка в стране. Признание обществом легитимности административной ответственности, по мнению В.Н. Плигина, могло бы привести к разрешению проблемы «избыточности государственного аппарата, особенно его правоохранительного блока» (с. 349).

Н.В. Крысанова

ФОРАН М.П. ВЕРХОВЕНСТВО ХОРОШЕГО ЗАКОНА: ФОРМА, СОДЕРЖАНИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРАВА. (Реф. ст.)
FORAN M.P. The rule of good law: form, substance and fundamental rights // The Cambridge law journal. – Cambridge, 2019. – Vol. 78, N 3. – P. 570–595. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/rule-of-good-law-form-substance-and-fundamental-rights/6B996B2D9EED5C75DBC10024D1E150E8#access-block> (дата обращения: 12.04.2021). (Article summary).

Ключевые слова: теория права; верховенство права; субъективные права; философия права.

Вопросы о природе верховенства закона, о классификации теорий верховенства закона на протяжении многих лет не теряют своей актуальности. М.П. Форан, кандидат юридических наук, юридический факультет Кембриджского университета, в своей статье рассуждает о различиях формальных и материальных концепций верховенства закона, его природе, а также анализирует различные доктрины верховенства закона, предложенные теоретиками.

Во введении отмечается, что верховенство закона часто характеризуется как политический идеал, к которому должна стремиться любая правовая система, независимо от ее основных целей. Это особенно верно в отношении *формальных* концепций верховенства закона, которые рассматривают лишь правовую форму и методы обнаружения и применения правовых норм. Формальные концепции часто представляют собой пороговые условия для правовой системы, оставаясь при этом нейтральными в отношении материальных целей, которые могут преследоваться законом.

Напротив, *материальные* теории рассматриваются как расширяющие формальные или процедурные ограничения путем установления ряда основных прав, которые вытекают из ценностей, лежащих в основе верховенства закона, и которые влияют на материальные цели права и ограничивают их.

В качестве парадигматического примера формальной концепции верховенства закона М.П. Форан приводит концепцию Л. Фуллера, утверждавшего, что правовые системы должны, как правило, содержать законы, которые являются: (1) общими, (2) открытыми, (3) перспективными, (4) достаточно ясными, (5) непротиворечивыми, (6) стабильными, (7) способными к исполнению и (8) согласованными между собой. Соответствие этим восьми требованиям гарантирует, что управление происходит в соответствии с законом, а не произволу какого-либо тиранического политического правителя, и порождает то, что Л. Фуллер назвал «внутренней моралью закона».

Опираясь на концепцию верховенства закона, автор выделяет три основных критерия, которые используются для разграничения формальных и материальных концепций верховенства закона.

1. *Формальные концепции не оказывают воздействия на содержание закона, в то время как материальные концепции влияют.* Для аргументации своей позиции М.П. Форан рассматривает требование теории Фуллера о том, что законы должны исполняться.

2. *Формальные концепции не требуют соблюдения определенных прав субъектов права, в то время как материальные концепции влекут их.* Указанный критерий кажется интуитивно правдоподобным. Требования к законам, изложенные в теории Фуллера, не являются правами, которыми могли бы обладать юридические субъекты. Они представляют собой правила, которым должны следовать законодатели, если они хотят создать правовую систему и тем самым достичь определенной степени совершенства в области законности. Вместе с тем М.П. Форан считает, что такая правовая система не смогла бы существовать в соответствии с этими идеалами, не установив для граждан определенной защиты именно от тех актов, которые могли бы угрожать верховенству закона. Нельзя утверждать, что правовая система соответствует верховенству закона, если нарушения требований верховенства не исключаются установлением основных прав. Этот тезис подкреп-

ляется тем фактом, что если бы верховенство закона не гарантировало гражданам определенной защиты от злоупотребления государственной властью, оно не имело бы большой ценности и едва ли могло бы рассматриваться как политический идеал вообще. Для того чтобы верховенство закона порождало какую-либо нормативную силу, независимо от того, является ли оно простым политическим идеалом или аспектом условий существования правовой системы, оно должно устанавливать определенные меры защиты.

Рассмотрев два основных критерия, которые используются для разграничения формальных и материальных концепций верховенства закона, М.П. Форан приходит к выводу о том, что кажущееся ясным различие между формальными и материальными концепциями верховенства закона становится неуловимым. В связи с этим он предполагает, что разграничение между материальными и процессуальными правами можно провести следующим образом: процессуальное право относится только к правовым средствам – методам, используемым для достижения конкретных юридических выводов или для выработки конкретных правовых норм. Напротив, материальные права устанавливают содержание самой правовой нормы. Однако при детальном рассмотрении он приходит к выводу, что становится все труднее четко разграничить процедуру и содержание. Некоторые права могут являться одновременно процессуальными и материальными.

3. Формальные концепции не приравнивают законность к справедливости, в то время как материальные концепции стремятся к этому. Единственное существенное различие, которое существует между различными концепциями верховенства закона, – это наличие или отсутствие предположения о том, что верховенство закона гарантирует материальную справедливость права. Если это всё, что отличает одни концепции верховенства закона от других, то вряд ли, считает М.П. Форан имеет смысл рассматривать такие концепции, как концепция Фуллера, в качестве «формальных». Очевидно, что существует приверженность идеалу добросовестного законотворчества, ограничивающего содержание правовых норм и предполагающего уважение основных прав субъекта права.

Автор полагает, что если верховенство закона является политическим идеалом, то оно должно быть верховенством «лучше-

го» права, но это не обязательно требует приверженности утверждению, что законность и справедливость сливаются друг с другом. Многие концепции верховенства закона влекут за собой уважение основных прав, не приводя при этом к приверженности социальной философии.

Верховенство закона требует законных целей права. Верность этому принципу не обязательно гарантирует материальную справедливость этих целей, но было бы неверно, пишет автор, делать вывод, что правовая система, соответствующая верховенству закона, может преследовать любые цели. Система права никогда не бывает нейтральной по отношению к целям, которые могут быть достигнуты с ее помощью; многие цели никогда не могут быть достигнуты с помощью закона. Законность ограничивает круг возможных целей, которые могут быть классифицированы как правомерные. Даже чисто инструменталистская концепция закона должна признать, что сам инструмент права гарантирует, что определенные цели или задачи просто несовместимы с этим инструментом. Суждение об этих целях не обязательно остается на усмотрение «внешних» стандартов; инструменталистская концепция закона может отвергать внутренние стандарты, основанные на морали, но она требует стандартов, основанных на эффективности. Такой подход, очевидно, отвергал бы необходимые связи между правом и моралью, но он не может твердо придерживаться утверждения, что юридические цели оцениваются исключительно и исключительно по внешним стандартам.

В заключение М.П. Форан подчеркивает, что верховенство закона представляет собой уникальное слияние различных принципов, которые оказывают определенное давление на систему права и систему законодательства. В связи с этим представляется совершенно невероятным, что можно провести четкое различие между формальными и материальными концепциями верховенства закона. Правовая система, отвечающая требованиям верховенства закона, – это такая правовая система, которая явно защищает основные права субъектов права и исключает возможность отнесения определенных неправовых целей к числу целей права и закона.

Аргументированный и всесторонний анализ, проведенный Фораном в статье, заставляет задуматься об обоснованности устоявшегося разграничения теорий верховенства закона. Статья не

только расширяет общетеоретические знания об идее верховенства права, но и поднимает проблему классификации теорий верховенства закона, оставляя открытым вопрос о том, какие критерии следует использовать для разграничения этих теорий и существуют ли эти критерии вообще.

А.П. Иванова

СКУРКО Е.В. РЕЦЕНЗИЯ НА СТАТЬЮ: КОЛЪЯНЕЗЕ К. ЗАКОН КАК КОЗЕЛ ОТПУЩЕНИЯ.

Ключевые слова: право и политика; общественное мнение; политические движения; популизм; авторитаризм; общественное доверие; сравнительное правоведение.

SCURKO E.V. Article review: Coglianese C. Law as scapegoat // Public law research paper / Univ. of Pennsylvania Law School. – 2020. – P. 1–25. – URL: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2200 (дата обращения: 14.05.2021).

Keywords: law and politics; public opinion; political movements; populism; authoritarianism; public trust; comparative jurisprudence.

Исследовательская статья Кэри Кольянезе, профессора права и профессора политологии юридического факультета Пенсильванского университета (США), посвящена проблеме общественного доверия к праву и попыткам использовать закон в качестве своего рода «козла отпущения», как это, по мнению автора, зачастую пытаются предпринять сегодня отдельные представители политических элит различных государств мира.

Строго говоря, данная статья представляет интерес для российского читателя главным образом в качестве примера актуальной исследуемой проблематики в зарубежной политической теории и правоведении, – а кроме того, свидетельствует об актуальном уровне подходов в проведении научно-исследовательской работы, – в данном случае в Пенсильванском университете.

В понятиях отечественной теории права и государства представленная статья посвящена исследованию проблем отчуждения права, а также отчуждения государства от общества – на актуаль-

ных процессах в государственно-правовой сфере зарубежных стран (США, Великобритании, Бразилии).

Проблема отчуждения государства и общества, права и общества, правового нигилизма – традиционно – является одной из центральных для теории государства и права вообще. Такая проблематика, помимо общетеоретического осмысления, действительно, как правило, тесно смыкается с актуальными проблемами государственно-правового строительства – в соответствующий период, в соответствующих условиях. Так, широкий круг исследований отечественных правоведов (как то: В.Е. Гулиев, В.О. Лучин и др.) был посвящен данной проблематике, в особенности в период 90-х – начала 2000-х годов.

В свою очередь, К. Кольянезе для построения своей характеристики процессов в сфере права – в актуальном для современных «западных» стран контексте – вводит термин «козел отпущения» – как способ выражения отношения части политических элит и соответствующих групп в обществе к современному праву.

Превращение закона в «козла отпущения», по мнению автора, – современное явление, получающее широкое распространение. Как подчеркивает автор, «в эпоху снижения общественного доверия к правительству реальность такова, что популистские лидеры и честолюбивые авторитаристы могут превратить закон в козла отпущения таким образом, что лишь ускорят снижение доверия их обществ к закону и правительствам» (р. 24).

Известно, что «козел отпущения» – проистекающая из библейского сюжета фигура речи, обозначающая мнимого виновного, на которого возлагается ответственность за действия и ошибки других. С этой точки зрения, в центре анализа исследователя ставится кризис доверия к праву в обществе. Однако характер этого кризиса автор усматривает в том, что в целом ряде стран по всему миру граждане теряют доверие к своим государственным правительственным институтам: «Только меньшинство людей, в среднем 45% в странах ОЭСР, доверяет своим правительствам. В США уровень общественного доверия заметно снизился за последние полвека: в 1964 г. около 77% населения доверяли своему правительству, в то время как в 2019 г. этот уровень составлял всего 17%. В Бразилии только 37% населения говорят, что доверяют

своему правительству. Доверие британской общественности к своему правительству не поднималось выше 41% с 2012 г.» (р. 2–3).

Природа недоверия к государственным правительственным институтам, как отмечает автор, обусловлена целым рядом факторов, которые варьируются от страны к стране. В их числе – экономические проблемы, вызванные глобальным финансовым кризисом 2008 г.; расширяющаяся идеологическая поляризация и рост неравенства в обществе. Недоверие, с одной стороны, усугубляется как высоким уровнем безработицы, так и отсутствием возможностей для преодоления социально-экономических барьеров. С другой стороны, отдельным фактором можно рассматривать действия правительств государств, как то: их неспособность адекватно реагировать на экономические потрясения, стихийные бедствия, угрозы общественному здравоохранению; высокий уровень коррупции – и пр. (р. 3)

По мнению К. Кольянезе, в ряду стратегий, на которые всё более широко опираются популистские или националистические лидеры для получения народной поддержки, есть одна, которая ставит под сомнение сам закон и правовую систему. Это – попытка превратить закон в «козла отпущения». Такая «стратегия», применяемая политическими популистами, по мнению исследователя, выходит за рамки простой критики конкретных законов и аргументации, почему они должны быть отменены или изменены, как обычно поступают политики и политические лидеры. Принцип превращения закона в «козла отпущения» включает не просто язвительные нападки на него, но и ложь в том, что данный – тот или иной – закон виновен в социальных и экономических проблемах страны, а соответствующие правовые институты находятся в глубоком кризисе. Этот кризис, затем, призывается для оправдания необходимости «политического спасителя» – для спасения государства и общества и внесения кардинальных изменений, в том числе в правовой сфере, для восстановления порядка и процветания (р. 5).

Так, популисты и авторитаристы «сегодня часто стремятся консолидировать власть, сохраняя, по крайней мере, фиговый листок законности в своих действиях, – но это не препятствует им искать общественной поддержки, обвиняя закон» (там же). Иными словами, автор пытается показать, что разжигание недоверия

непосредственно к закону – как социальному институту – используется в политических целях и стремится к пресловутому «превращению закона в козла отпущения». Однако этот подход К. Кольянезе не раскрывает нам никаких неизвестных прежде государственно-правовых закономерностей, не содержит какого-то в действительности нового социально-правового либо социально-политического процесса либо феномена, – поэтому складывается убеждение, что исследование, отраженное в представленной статье, скорее приобретает характер публицистического очерка, причем не добавляет новизны даже к проблематике правового нигилизма в правоведе-нии.

Стремление автора ввести в научный оборот понятие «право / закон как козел отпущения» («law as scapegoat») либо «превращение права / закона в козла отпущения» («scapegoating law» или «legal scapegoating»), судя по всему, представляет некоторую самоцель. Собственно эти «понятия», однако, не только не раскрываются должным образом, но, как уже было отмечено, с нашей точки зрения, не представляются необходимыми – в том числе для теории государства и права либо политической философии. По собственному признанию автора, «политическая экономия, стоящая за таким [юридическим] козлом отпущения, аналогична той, которая лежит в основе любого козла отпущения: некоторые лидеры считают, что им выгодно обвинять что-то или кого-то другого в проблемах общества» (р. 16).

Вместе с тем в статье К. Кольянезе содержится ряд наблюдений, не лишенных интереса. Так, автор справедливо обращает внимание на то, что, в последние годы рост популярности социальных сетей, как правило, становится источником, подпитывающим общественную подозрительность и цинизм. Во многих странах представители общественности обеспокоены коррупцией журналистских объединений и распространением так называемых «фальшивых новостей» («fake news»). Глобальные опросы показывают, что до 70% их участников обеспокоены использованием дезинформации в качестве политического оружия. При этом более 60% опрошенных сообщают, что они не в состоянии отличить «законную журналистику» от «фальшивых новостей» (р. 4).

С точки зрения автора, атмосфера, повсеместно создаваемая на базе «фальшивых новостей», может подорвать доверие к демо-

кратическим выбором, что, в свою очередь, будет играть на руку популистским или авторитарным лидерам. Такие лидеры уже сегодня стремятся обвинить «других» – зачастую мигрантов и «меньшинства» – в социально-экономических проблемах своих стран. Наиболее бедные и наименее образованные люди нередко становятся уязвимы для влияния популистской пропаганды; в целом, движения, направленные на общественный раскол, приобретают популярность за счет эксплуатации идей, вроде «мы против них» (р. 4).

Так, если даже допустить, что эта позиция не лишена оснований, она, на наш взгляд, отражает прежде всего собственные личные политические пристрастия К. Кольянезе, – его, в своем роде, «анти-популизм», – не говоря уже о том, что достаточно отдаленно относится к проблематике правоповедения вообще.

В последние годы, считает автор, стратегия превращения закона в «козла отпущения» становится важной частью стратегий и риторики политических лидеров популистского толка, в том числе в демократических странах – и, по крайней мере, на трех континентах: в Великобритании, Бразилии, США. Соответствующим образом, в концепции К. Кольянезе, речь идет о Б. Джонсоне, Дж. Болсонаро и Д. Трампе; в каждой из указанных стран в соответствующий период времени наблюдался высокий уровень общественного недоверия к государственно-правовым институтам, что помогло указанным лидерам создать платформу для популистских движений; в каждой из этих стран успешные популистские стратегии включали в себя превращение закона в конкретную цель обвинения, когда использовались преувеличенные и ложные утверждения о том, как тот или иной закон и иные нормативные акты прямо способствуют экономическим проблемам каждой из стран (р. 5). Таким образом, К. Кольянезе прямо соединяет популизм с процессами «превращения закона в козла отпущения», – хотя отнюдь не исследует, насколько другие политические силы своими заявлениями и(или) действиями «превращают закон в козла отпущения» (в смысле, который в данный процесс вкладывает автор).

Характеризуя используемую популистами стратегию, автор подчеркивает, что политэкономическая подоплека преобразования закона в «козла отпущения», его «очернения», – в целом аналогична любой другой, направленной на формирование «козлов от-

пущения» – в иных социальных сферах и отношениях. В данном случае, по мнению автора, те или иные политические лидеры (а именно – «популисты») считают, что им выгодно обвинить «не-что» (в данном случае – законодательство) в том, что в данном обществе существуют известные проблемы. По мнению автора, адекватной альтернативой для таких политических лидеров было бы стремление помочь общественности понять и принять трудности, искать компромиссы в решениях по основным социальным и экономическим проблемам, в том числе при выдвижении и принятии непопулярных политических решений, как то: повышение налогов, сокращение бюджетов и т.п. Очевидно то, что «найти козла отпущения, в том числе в законе, оказывается проще, чем искать и создавать коалиции вокруг в том числе непопулярных действий» (р. 16).

В представленной статье, с нашей точки зрения, некорректно выглядит сравнение, которое проводит К. Кольянезе, сопоставляя «закон с мигрантами» («how laws are like migrants») (р. 18). Так, причины, по которым стратегии превращения закона в «козла отпущения» оказываются эффективными, в частности для политических популистов, К. Кольянезе видит в том, что общество, зачастую и в существенной части, относится к закону приблизительно в том же роде, как к мигрантам: во-первых, законы «инородны» для большинства населения; во-вторых, законы «нечистые»; в-третьих, от законов «надо избавиться»; в-четвертых, законы «бес-сильны» перед нападками; в-пятых, законы «ниже достоинства» народа (р. 18–21). Нет нужды говорить, что выражения, которые позволяет себе автор в этой связи, в действительности, демонстрируют не более чем неэтичность исследователя – и ровным счетом ничего не добавляют к пониманию проблемы роли закона в обществе – или чего-то иного, что, возможно, имел в виду автор.

Наконец, последствия превращения закона в «козла отпущения» – также оказываются в поле зрения исследователя. Как полагает К. Кольянезе, вряд ли стоит удивляться, когда мы видим, как популистские лидеры используют риторику за дерегуляцию и стремятся очернить закон. Но это все равно должно вызывать глубокое беспокойство: стремление превратить закон в «козла отпущения» может подорвать доверие общественности к закону в целом, создавая риски для демократического либерального общества.

В то время как общественное доверие и так существенно снижается в ряде стран по всему миру. Попытки политических лидеров очернить закон с помощью лжи, преувеличений или агрессивной риторики создают потенциал для нисходящей спирали, которая сделает государственное управление еще более сложным и будет способствовать созданию еще более благоприятных условий для авторитарного правления (р. 21).

Как подчеркивает в заключение автор, «государственное управление в значительной степени зависит от общественного признания и соблюдения закона. Правительствам фактически невозможно постоянно следить за поведением каждого отдельного человека и организации. По общему признанию, необходимы определенный мониторинг и санкции, но у них есть свои пределы. Если наказание станет чрезмерным или будет применяться без разбора, это может подорвать общественное доверие и предоставить потенциальным популистам пищу для поиска «козлов отпущения». Следовательно, лучший способ поддержания социального порядка – это укрепление доверия общественности к закону и повышение готовности людей подчиняться законным властям» (р. 22).

Проблема отчуждения государства и общества, права и общества сохраняет свою актуальность, однако методы, которые предлагает автор, вряд ли приближают нас к ее разрешению.

С этой точки зрения, статья К. Кольяneze представляет определенный интерес, однако в основном в качестве показателя актуальных проблем, исследуемых за рубежом, а также качества проводимых исследований.

ИВАНОВА А.П.¹ ПРАВОВАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ: ОСНОВНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ И СТРАТЕГИИ РАССУЖДЕНИЯ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре анализируются признаки правовой аргументации, придающие ей уникальный характер, рассматриваются дедуктивные и аналогический методы юридических рассуждений. Особое внимание уделяется абдукции, которая практически не была исследована в контексте достижения познания в области права.

Ключевые слова: правовая аргументация; логика; абдукция; теория государства и права.

IVANOVA A.P. Legal reasoning: the main characteristics and strategies of reasoning. (Review)

Abstract. The review analyzes the characteristics of legal reasoning that give it a unique character, considers deductive and analogical methods of legal reasoning. Special attention is paid to abduction, which has practically not been explored to achieve cognition within the field of law.

Keywords: legal reasoning; logic; abduction; theory of law and state.

На протяжении более чем столетия юристы писали о правовой аргументации, и поток книг и статей, описывающих, анализирующих и переформулирующих эту тему, не ослабевает со временем.

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

Х.И. Гаджиев, заведующий отделом судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юридических наук, в своей статье отмечает закономерность того, что исследования в сфере правовой аргументации представились знаковой тенденцией в области современной теории права на протяжении последних десятилетий [1, с. 92]. Также он подчеркивает, что одной из главных причин растущего интереса к правовой аргументации стало изменение взглядов на задачи, которые решают судьи. Поскольку законодатель не успевал предвидеть и реагировать на скорость процессов в общественном развитии либо ограничивался общими формулировками, конкретизация права и ее адекватность к происходящим событиям и контексту, в котором они происходили, требовали от судов тщательного обоснования [1, с. 93].

Двумя наиболее распространенными стратегиями правового обоснования являются *дедуктивный метод (рассуждение на основе правил)* и *аналогический метод (рассуждение на основе прецедентов)*. Эти стратегии не являются уникальными для юридического обоснования. Они также обычно описываются в связи с научными рассуждениями. Что отличает эти формы аргументации в юридическом контексте, так это не столько процесс, сколько контекст, исходный материал, к которому применяются процессы и природа правил.

Дедуктивный метод (рассуждение на основе правил). В дедуктивных научных рассуждениях существует общий закон или теория, и ученый использует эту теорию, чтобы сделать вывод о том, что произойдет в какой-то конкретной фактической ситуации, делает прогноз и разрабатывает эксперимент для его проверки. Если прогноз не подтвердится, на это есть три возможных причины: вывод был ошибочным, эксперимент был ошибочным или теория ошибочна.

Однако на практике существует множество способов, с помощью которых двусмысленность может вкратце в этот, казалось бы, ясный логический процесс. Лицо, принимающее решение, сталкивается с определенным набором фактов. Если он или она судья, то почти всегда существуют две версии фактов. Работа адвокатов заключается в том, чтобы систематизировать факты таким образом, чтобы они соответствовали юридическому результату,

которого они хотят достичь, и они делают это, подчеркивая различные факты.

С точки зрения К.В. Каргина, юридическая аргументация по своей природе существенно отличается от иных видов аргументации. «Аргумент юриста – это не цепь демонстративного рассуждения. Это приведение и представление тех черт дела, которые одна к одной складываются в пользу заключения, в пользу того, чтобы дать ситуации именно то имя, которым он желает её называть. Доводы – это ножки стула, а не звенья цепи» [цит. по: 2, с. 44].

По мнению Ю.Д. Паруновой, в отличие от логического доказательства, основанного на аксиомах, основой правовой аргументации являются презумпции и прецеденты. Для принятия юридического заключения необходимо не только собрать все возможные доказательства, но и убедить в правомерности принятых тезисов участников процесса [3, с. 13].

Судья, столкнувшись с двумя конкурирующими правовыми позициями, может выбрать одну из них или может привести дополнительные фактические толкования или юридические соображения, не упомянутые ни одной из сторон. Таким образом, даже кажущаяся простейшей форма юридического обоснования – принятие решения о том, охватывает ли закон конкретную фактическую ситуацию, – на практике часто бывает довольно сложной. Здравая идея о том, что есть поведение, есть закон и вопрос «Соответствует ли поведение закону?», слишком проста, чтобы ее можно было применить к интересным случаям.

Аналогическое (основанное на конкретных случаях) рассуждение. В англо-американской традиции общего права дела решаются путем изучения моделей решений, принятым ранее по аналогичным делам. Ни один случай не имеет значения отдельно, и общие правила и предложения бесполезны без «нагромождения конкретными примерами», за исключением очень простых случаев. Судьи должны решить то, что является правом, интерпретируя практику других судей, ответивших на тот же самый вопрос [1, с. 93].

Несколько похожая форма рассуждений встречается в науке, когда ученый рассматривает серию исследований с явно противоречивыми результатами и пытается придумать общий принцип, который объяснит несоответствия. Например, в исследованиях по

**Правовая аргументация:
Основные характеристики и стратегии рассуждения**

социальному содействию некоторые исследователи обнаружили, что люди лучше справлялись с заданием, когда рядом были другие люди, но другие исследователи обнаружили, что люди лучше справлялись, когда были одни.

Судья начинает там, где заканчивает ученый, с конкретной ситуации, в которой должен быть решен исход – не предсказанный и проверенный, а решенный путем изучения сходств и различий между этим новым делом и предыдущими делами и выбора исхода, соответствующего совокупности дел, на которые он больше всего похож. В состязательной системе адвокаты подчеркивают предыдущие дела, которые были решены так, как они хотят, чтобы это было решено. У юристов есть определенная свобода действий в выборе того, какие факты следует подчеркнуть, в их интерпретации фактов и в их описании юридического значения этих фактов. Как и ученый, юрист может определить какой-то принцип, который объясняет, почему текущее дело следует рассматривать в качестве примера первой группы, а не второй. Судья рассматривает сильные и слабые стороны аргументов двух сторон и либо выбирает между ними, либо разрабатывает другой принцип для рассмотрения настоящего дела в контексте прошлых.

Наконец, как и в случае с дедуктивными рассуждениями, значимость конкретного факта зависит от его юридической значимости, а значимость конкретного закона или предыдущего решения зависит от точной схемы фактов в данном случае. Юрист должен рассматривать и то, и другое одновременно.

Абдуктивное рассуждение. Абдуктивное рассуждение, будучи третьим типом выводов, в дополнение к более известным индукции и дедукции, не было исследовано в контексте достижения познания в области юридического метода, судебного решения и юридических догматических работ.

Абдукция состоит в изучении фактов и выдвижении теории, объясняющей их. Принципиальное отличие абдукции от двух основных форм логического умозаключения (индукции и дедукции) состоит в том, что этот способ умственной работы жестко привязан к наблюдаемым фактам и явлениям. Выбор гипотезы зависит исключительно от проанализированных фактов и призван дать выражение тем неявным отношениям, в которых они находятся между собой [4, с. 78].

Адаптация абдукции к праву может рассматриваться отчасти как стремление к познанию в области судебного разбирательства и юридической догматической дисциплины и отчасти как вклад в эпистемологию решения правовых вопросов.

Юридические рассуждения направлены на решение проблемы, которая возникает в результате взаимодействия между фактическим явлением и базовыми знаниями правовых норм. Следует отметить, что абдукция в некоторых контекстах воспринимается как тип вывода, способный генерировать теории о фактах в мире [5, р. 69]. Некоторые ученые склонны рассматривать абдукцию в первую очередь как инструмент для создания научных теорий с особенностями обобщения.

Представляется очевидным, что существует необходимость в адаптации абдуктивных рассуждений к области, которая заключается в объединении фактических объектов с категориями, встроенными в структуры правовых норм. На первый взгляд кажется, что это меняет всю парадигму, в которой должна происходить абдукция. Вместе с тем при внимательном рассмотрении можно отметить, что абдукция даже в отношении фактов содержит элементы категоризации, именно там, где необходимо применять институциональные факты.

В принципе, аналогичные объяснения могут быть даны в правовом обосновании. Однако материал, на основе которого строится гипотеза, часто несколько сложнее, чем простое предположение о правителе. Материал может состоять из множества нормативных фрагментов, применяемых в общепринятом способе юридического обоснования. В сложных случаях это может быть вопрос тщательного изучения существующего материала при применении принципов взвешивания и балансирования источников, заложенных в правовой порядок.

Важно отметить, что в юридических рассуждениях почти всегда присутствует сравнение, и на самом деле оно чрезвычайно важно для вынесения судебного решения. Это происходит потому, что фактическое событие или отношение, которое должно быть классифицировано, почти неизбежно должно быть сопоставлено со значением предлагаемой нормы, т.е. должно быть определено, дает ли сравнение факта и нормы приемлемое количество сходства. Степень сходства определяется суммой соответствующих

*Правовая аргументация:
Основные характеристики и стратегии рассуждения*

или эквивалентных признаков, присутствующих как в значении нормы, так и в рассматриваемом факте.

В связи с этим важно отметить замечание немецкого теоретика Густава Радбруха, согласно которому суждение о том, есть ли сходство между двумя объектами, зависит от выбранной точки зрения [5, р. 76]. Вопрос о том, какие сходства и какие различия следует исследовать, определяется целью рассматриваемой правовой нормы, а также правовым контекстом.

Выбор того, какие свойства будут сравниваться, определяется абдукцией. Идея о том, какие свойства фактического объекта и идеальный тип правила должны быть сопоставлены, приходит к судье как вспышка [5, р. 76]. Субъект сочетает свои базовые знания о праве с фактом, который должен быть подчинен, и идеями согласованности, чтобы разобраться в свойствах, которые должны быть сопоставлены.

Юристы иногда утверждают, что рассуждения, которые они используют в своей работе, носят уникальный характер, т.е. они явно отличаются от того, как люди рассуждают в вопросах повседневной жизни или в дисциплинах, отличных от права. Вместе с тем то, что делает юридические рассуждения особенными, – это не схема вывода (ее предпосылки и общий способ прийти к выводу), а скорее специфическая природа среды, в которой происходит это рассуждение. Общая схема обоснования в сфере права остаётся более или менее той же, будучи по сути: аналогической (основанной на суждении о сходстве); дедуктивной (сводящейся к включению конкретного явления в общее предложение); прагматичной (направленной на защиту ценностей и достижение целей, которых мы желаем в мире); аргументативной (состоящей в балансе плюсов и минусов результатов, которые поставлены на карту) или интуитивной (движимой внутренними прозрениями, догадками или чувствами) [6, р. 325].

Тем не менее на то, как протекает правовое рассуждение – что поворачивает винтики его механизма, – сильно влияют условия, в которых вынуждены действовать адвокаты и судьи; неизбежная необходимость иметь дело с таким явлением, как само право. В результате сама форма правового обоснования, хотя она и является обычной, не имеющей ничего, что отличало бы ее от формы рассуждения, представленной в других сферах человеческой

деятельности, погружается в странную, сложную, непостижимую субстанцию, которая придает некоторую глубокую неповторимую окраску юридическому мышлению, когда оно воспринимается в целом.

Главная особенность и функция права должны быть нормативными, т.е. указывать, как люди должны вести себя, чего они могут или не могут требовать от других, что они должны или не должны делать, если кто-то об этом попросит. Однако эту нормативность права следует отличать от нормативности, которая встречается и известна в других областях науки, особенно эмпирических. В последнем случае выражения, указывающие на то, что должно или не должно произойти, обычно носят описательный, причинный или объяснительный характер. С юридической точки зрения это, безусловно, не так.

Когда кто-то говорит, что солнце должно взойти завтра утром, он имеет в виду некоторую закономерность, которую можно обнаружить в природе, и, таким образом, просто описывает факт того, как устроен физический мир. В праве, напротив, сущность нормативности заключается в ее предписывающей силе. Закон не говорит о том, что является нормальным, или о том, что регулярно или статистически происходит (как это делает география). Он также не раскрывает причинно-следственные связи между объектами и событиями (как это делает физика) и не объясняет человеческое поведение и реакции (как это делают экономика и психология) [6, р. 327]. Нормативность права состоит в упорядочении (предписании) того, что один и другие могут, имеют право или должны делать, независимо от того, действительно ли они будут это делать или нет. Соблюдение предписаний закона – известны ли они адресатам закона или нет – в значительной степени зависит от их собственных решений и выбора. Как следствие, заранее неизвестно, будет ли человек действовать так, как предписывает закон.

Таким образом, нормативность права по определению ориентирована на будущее, не констатируя никакого эмпирического факта или причинно-следственной связи. Глядя с точки зрения адресатов закона, можно сказать, что он представляет для них более или менее убедительную причину для совершения определенных действий.

**Правовая аргументация:
Основные характеристики и стратегии рассуждения**

Другой важный аспект права, строго связанный с предписывающим характером его нормативности, касается возможности и доступности средств и способов потенциальной проверки правового содержания. А именно, в эмпирических науках (таких как химия, физика, биология, медицина) и даже в большинстве социальных наук (экономика, психология, социология, политология) имеется возможность проверить правильность конкретного предложения объективным или интересубъективным способом.

Как сказал Карл Ллевеллин, юридическое рассуждение не является научным рассуждением, хотя оно разделяет некоторые аналитические стратегии, такие как «метод сравнения и различия», «конвергентная и дискриминантная обоснованность», метод одновременного рассмотрения альтернативных объяснений или «нескольких рабочих гипотез»¹. Однако в праве возможность эмпирической проверки не только ограничена, но и в большинстве случаев ее вообще не существует. Мандаты закона не только не поддаются никакому эмпирическому доказательству, но, кроме того, их правильность (уместность) не поддается определению в терминах логики или «математики». Несмотря на усилия, предпринимаемые юридическими позитивистами и им подобными, включая трансплантацию дедуктивной терминологии в право, право не позволяет замкнуть себя в фиксированной системе аксиом и теорем, будучи связанным с изменяющимися условиями физического и духовного мира, которые находятся в постоянном движении [6, р. 329].

Хотя содержание права носит предписывающий характер и не поддается эмпирической проверке, в некотором смысле оно, очевидно, зависит от формы физического мира и присущих ему ограничений. Как уже указывалось в контексте особенности правовой нормативности, право призвано оказывать влияние на поведение человека. Однако такое поведение в основном является частью физического мира, т.е., как правило, поведение происходит в нем, а не в человеческом сознании.

Поскольку это так, нормативная сила закона также – под угрозой оказаться совершенно неэффективной – ограничивается

¹ Ellsworth P.C. Legal reasoning // Cambridge handbook of thinking and reasoning / ed. by K.J. Holyoak and R.G. Morrison Jr. – New York : Cambridge Univ. Press, 2005. – P. 696.

тем, что является жизнеспособным для людей в физическом мире. В этом ключе право не может, например, игнорировать тот факт, что выполнение определенных обязательств невозможно и, следовательно, оно не может быть возложено на его адресатов. Более того, эта зависимость, в некотором смысле, действует и наоборот. Физический мир, его потребности и условия жизни, а также события, которые в нем происходят, чаще всего должны регулироваться правом.

Право зависит не только от ограничений, которые вытекают из человеческих возможностей в физическом мире, но и от самих людей. Независимо от того, воспринимает ли человек правовые нормы как человеческий продукт или нет (исходящий от Бога или являющийся частью природы), люди – это те, кто вдыхает жизнь и освобождает место для права. Чтобы быть причиной определенных действий, основой для суждения, аргументом в споре, право нуждается в людях, как растение нуждается в почве и воде, чтобы расти, развиваться и процветать. Именно человек, а не кто-либо другой, создает, интерпретирует, применяет, соблюдает закон и обеспечивает его соблюдение. Как следствие, право также наследует человеческие черты: добродетели и пороки, слабые и сильные стороны.

То же самое относится и к правовому обоснованию, которое отчасти рационально, а отчасти интуитивно понятно. Его ресурсы и предпосылки не всегда раскрываются; они часто скрыты где-то глубоко в бездонных глубинах подсознания. Таким образом, результаты правовой аргументации могут быть результатом предубеждения, пристрастия, аффекта или влияния прошлых событий, в которых человек принимал участие и запомнил или забыл.

Уникальная природа правового обоснования является следствием специфических особенностей права как такового, но, несомненно, она также является следствием процедуры, в рамках которой обычно принимаются юридические решения и которая значительно отличается от способа, которым решаются вопросы в эмпирической и доказательной науке. Юридические решения, вопреки многим вопросам, на которые отвечают в повседневной жизни, не принимаются спонтанно. Для этой цели предусмотрена формальная, скрупулезная и казуистическая процедура, которая

**Правовая аргументация:
Основные характеристики и стратегии рассуждения**

должна обеспечить беспристрастное, тщательное рассмотрение и разрешение дел.

Наконец, с точки зрения действующих лиц (участников судебного процесса), процедура, в рамках которой выносятся юридические решения, резко ограничивает возможности для проверки этих решений. Вывод, к которому в конечном итоге приходит судья, не проверяется эмпирически и не может быть опровергнут. Стороны обычно имеют право на один или, в лучшем случае, на два случая, в которых их дело может быть пересмотрено. Впоследствии, за исключением чрезвычайных обстоятельств, главным образом касающихся вопросов доказывания, таких как вновь обнаруженные доказательства или неправомерные действия судьи (должностного лица), решение, принятое по их делу, даже если оно явно неверно, не может быть пересмотрено и отменено [6, р. 338].

В результате неудивительно, что правовое обоснование, используемое судьями (должностными лицами) при рассмотрении переданных им дел, также ограничено по времени и в некотором смысле обязательно, кроме того, предполагается, что оно должно быть объяснимым, прозрачным и, прежде всего, не случайным. Однако главная проблема заключается в том, что из-за его зависимости от человеческого разума все такие атрибуты на практике недостижимы, по крайней мере, полностью.

Список литературы

1. Гаджиев Х.И. Роль судебной аргументации в эволюции законодательства и правоприменения // Журнал российского права. – Москва, 2020. – № 9. – С. 91–105.
2. Каргин К.В. Юридический довод // Государство и право. – Москва, 2020. – № 6. – С. 43–53.
3. Парунова Ю.Д. Оценочные понятия в правовой аргументации // Известия вузов. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. – Ростов-на/Д, 2020. – № 3(207). – С. 12–17.
4. Петровская Е.В. «Brainy is the new sexy»: Шерлок Холмс, абдукция и нейросети // Философский журнал. – Москва, 2019. – Т. 12, № 1. – С. 74–89.
5. Askeland B. The potential of abductive legal reasoning // Ratio juris. – New Jersey, 2020. – Vol. 33, N 1. – P. 66–81.
6. Koszowski M. Why legal reasoning has to be unique // Adam Mickiewicz University law review. – Poznan, 2017. – Vol. 7. – P. 325–342.

СУДЕБНОЕ ПРАВО И ПРАВОСУДИЕ

УДК 342

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.11

АЛЕШКОВА И.А.¹ ПРАВОСУДИЕ: СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВОЙ, ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ И ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ ПОДХОДЫ. (Обзор).

Аннотация: В обзоре рассматриваются доктринальные подходы к характеристике правосудия, сформировавшиеся на национальном уровне. На основе анализа современных исследований по вопросам развития и совершенствования судебной системы в данном обзоре рассматриваются основные тенденции и закономерности развития судебной власти и правосудия. В обзоре представлены три монографии, в которых ученые подчеркивают, что эффективность правосудия является важнейшим из аспектов демократического общества и надлежащего уровня соблюдения основных прав и свобод человека. Ученые и практики постоянно обращаются к многогранному определению понятия «правосудие», характеризуя его с различных сторон и форм реализации.

Ключевые слова: правосудие; судопроизводство; судебная деятельность; применение права; принципы права; судебная реформа.

ALESHKOVA I.A. Justice: socio-legal, institutional and functional approaches. (Review).

Abstract. The review examines the doctrinal approaches to the characterization of justice that have emerged at the national level. Based on the analysis of modern research on the development and im-

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

provement of the judicial system, this review examines the main trends and patterns in the development of the judiciary and justice. The review presents three monographs in which scholars emphasize that the effectiveness of justice is the most important aspect of a democratic society and the proper level of observance of fundamental human rights and freedoms. Scientists and practitioners constantly refer to the multifaceted definition of the concept of «justice», characterizing it from various sides and forms of implementation.

Keywords: justice; legal proceedings, judicial activity, application of law, principles of law, judicial reform.

В работах российских ученых-правоведов система правосудия исследуется достаточно широко – от анализа системы и практики судебной деятельности и порядка судопроизводства в ретроспективе до взаимосвязи правосудия и права.

Так, в монографии доктора юридических наук, профессора А.В. Аверина и кандидата юридических наук Ю.А. Грозы «Правосудие и право» [1] выявляются и раскрываются закономерности и принципы судебного процесса, способствующие достижению цели правосудия, излагается позиция о единстве правосудия и права. С точки зрения авторов, только самодостаточный, зависимый только от права суд (а следовательно, независимый от иных факторов, негативно влияющих на отправление правосудия) может стать единственно возможным гарантом прав личности и обеспечить реализацию принципов правового государства. Только право – доминанта правосудного судопроизводства, а правовая предсказуемость – критерий правосудия

Как отмечают авторы, сформированная на основе права судебная практика служит наиболее весомым и развитым видом юридической практики [1, с. 10, 93]. Вместе с тем подчеркивается, что разрешение судом правовых конфликтов без учета индивидуальных особенностей конкретного дела и социальной значимости применяемой нормы права следует квалифицировать как юридический формализм, противоречащий и духу права, и принципу законности [1, с. 10, 92].

Существенное внимание в книге А.В. Аверин и Ю.А. Гроза уделяют профессиональному уровню подготовки судей, их правовой культуре и независимости суда в судебном процессе. По мне-

нию ученых, независимое правосудие – основная гарантия реализации и соблюдения прав граждан и единственно возможный путь становления и развития правового государства. Независимость судебной власти – важная составная часть системы разделения властей и его реальность – позитивно сказывается на защите прав и свобод.

Также авторы обращают внимание не только на важность права в организации и деятельности судов, но и на значимость принятия судебной власти гражданским обществом, формирование доверия общества к судебной власти, судам и судьям, готовность субъектов общественных отношений к добровольному исполнению судебных решений. Судебная власть занимает особое место в системе социально-правовых механизмов разрешения конфликтов, диалога личности, общества и государства, она выступает проводником права. Поэтому важное значение имеет установление высоких качественных характеристик для носителей судебной власти. Эти требования имеют форму особых профессиональных, этических характеристик, которым должен соответствовать судья. Качественная правовая процедура, по мнению авторов, должна способствовать формированию оптимальной динамики судебного процесса, но степень вероятности появления правосудного правоприменительного результата лишь отчасти связана с правовой процедурой, поскольку правосудие зависит от всевозможных социальных факторов, одним из которых, по мнению правоведов, является хорошая правовая система [1, с. 375].

По мнению авторов, судебная деятельность не может быть изолирована от государства, соответственно, государственная политика является одним из значимых факторов, оказывающих влияние на судебную политику и судопроизводство. Учитывая, что правовая политика складывается из таких элементов, как право и правосознание, А.В. Аверин и Ю.А. Гроза особое внимание в работе сосредоточили на вопросах юридического познания, подчеркивая, что именно судебное правосознание является одной из форм юридического познания в процессе судебного правоприменения [1, с. 126–145].

В книге значительное место уделено роли доказательств в человеческой истории и судебном процессе, принципам и критериям формирования общеправовой концепции теории юридиче-

ских доказательств, характерным чертам формальной системы доказательств [1, с. 211–359].

В целом, сквозной линией через большую часть монографии проходит концепция, согласно которой судебная власть является основным гарантом прав и свобод граждан, обеспечивает верховенство права, равновесие между другими ветвями власти, создает своей деятельностью баланс публичных и частных интересов. При этом авторы последовательно подчеркивают, что независимость суда — это не привилегия, а необходимое условие выполнения судьями полномочий по справедливому и беспристрастному рассмотрению и разрешению споров. Судья должен руководствоваться законом и внутренним убеждением, и любое внешнее или внутрисистемное вмешательство может подорвать доверие гражданского общества к судебной власти.

Акцент на институциональный аспект правосудия делают в своем монографическом исследовании «Система правосудия в России и проблемы ее совершенствования: история и современность» доктор юридических наук, профессор А.И. Бастрыкин, кандидат юридических наук, доцент О.И. Александрова, доктор исторических наук, профессор В.Н. Бабенко. В работе рассматриваются вопросы становления и развития системы правосудия в России в период с IX до начала XXI в. Основное внимание уделяется системе центральных и местных судебных органов, специальным судам, особенностям судопроизводства и роли судебного следствия как составной части судебного разбирательства, а также исполнению судебных решений. Особое место отводится вопросам совершенствования российской системы правосудия.

Подчеркивается, что функция судебного разрешения споров — одна из древнейших и необходимых форм реализации властных полномочий государства, что Судебные уставы 1864 г. в конечном счете оказались более продуктивными и эффективными в плане обеспечения процессуальной эволюции в отечественном уголовном судопроизводстве, нежели реформа конца XX–XXI в. [2, с. 244].

В части совершенствования современного уголовного судопроизводства авторы отмечают значимость включения в УПК РФ положения о «опровержимой преюдиции», при которой орган предварительного расследования на основании мотивированного постановления следователя, согласованного с руководителем

следственного органа (или дознавателя, согласованного с прокурором), либо на основании судебного решения будет иметь возможность преодолеть преюдициальную силу недостоверно установленных в судебном решении обстоятельств и продолжить расследование в порядке, установленном УПК РФ [2, с. 264].

В качестве одной из основных проблем российского уголовного судопроизводства, по мнению авторов, является разбалансированность уголовного судопроизводства. Причины этого видятся в неудачной попытке объединить плохо совместимые друг с другом модели розыскного досудебного процесса, который в целом характерен для стран романо-германской правовой системы и предполагает наличие громоздкой и достаточно формализованной процедуры предварительного сбора и систематизации обвинительных доказательств с институтами так называемой «чистой состязательности» на судебной стадии, свойственной странам англосаксонской правовой семьи [2, с. 265].

Значимым в монографии является выделение тем, требующих разработки в отечественной историко-правовой науке, в числе которых выделяются:

- судоустройство и судопроизводство на этапе становления и развития Древнерусского государства (IX–XII вв.);

- суд и процесс в Новгородской и Псковской республиках, а также отдельных княжествах в период феодальной раздробленности;

- эволюция судебных органов и процесса в Русском централизованном государстве (XV – первая половина XVII в.);

- особенности функционирования судебных органов на территориях национальных окраин Российской империи в XVIII – первой половине XIX в.;

- анализ функционирования советской системы правосудия;

- сравнительный анализ судебных систем Российской Федерации и бывших республик СССР (Беларуси, Казахстана, Украины и т.д.);

- отечественная и зарубежная историография истории судебной власти в России и др. [2, с. 279].

Следующее исследование, на котором хочется остановиться в данном обзоре, – монография «Национальное правосудие и международное правосудие: Теория и практика взаимодействия в пуб-

лично-правовых отношениях (Принципы государственности и прав человека)», написанная доктором юридических наук, профессором И.А. Умновой-Конюховой [3]. В данной работе правосудие исследуется с точки зрения интегративного подхода: судебная власть рассматривается не только как институт публичной власти, но и как конституционно значимая ценность правового государства, дана многоаспектная юридическая характеристика вопросов взаимодействия национального правосудия и международного правосудия в публично-правовых отношениях: раскрыты тенденции развития национального и международного правосудия на фоне глобального конституционализма и судебной конституционализации; принципы права в национальном и международном правосудии в контексте формирования глобальной правовой таксономии; проведен обзор и обобщение практики судебного применения и толкования общих принципов права в условиях взаимодействия национального и международного правосудия.

Исследование особенностей международного правосудия в публично-правовых отношениях (принципы государственности и права человека) позволило автору показать, насколько международные суды в настоящее время серьезно вовлечены в формирование повестки дня для обсуждения наиболее сложных проблем развития и реализации современного международного права и его динамического взаимодействия с национальными правовыми системами. Для правильной диагностики диалектики взаимодействия международных и национальных судов, по мнению И.А. Умновой-Конюховой, необходимо четкое определение сходства и различий в функциях и полномочиях конституционных и международных судов и так называемая «правовая миграция»: взаимопроникновение решений судов в международное и национальное конституционное пространство; ведение дискуссий в рамках конституционного диалога; расширение взаимодействия международных и национальных судов на основе перекрестного заимствования опыта; развитие концепции судебного конституционализма и т.д. [3, с. 30].

В книге немало внимания уделяется системной оценке существующих доктрин вертикального и горизонтального взаимодействия с целью защиты согласованного международного правопорядка, с одной стороны, и конституционного строя государств, с

другой стороны; утверждения прав человека и других высших гуманитарных ценностей как показателей прогресса в поступательном развитии человеческой цивилизации.

Существенное внимание автор уделяет обоснованию принципов права, как универсальному средству в национальном и международном правосудии. Особо подчеркивается важность судебного применения и толкования общих принципов права в условиях взаимодействия национального и международного правосудия. В связи с этим в монографии акцентируется внимание на практике применения принципов права и их регулятивной функции во взаимоотношениях между ЕСПЧ и высшими национальными судами, включая Конституционный Суд РФ.

Значительное внимание автор уделяет современной практике Международного суда ООН, Международного уголовного суда ООН, международным трибуналам, ЕСПЧ, Суда ЕС и конституционных и высших судов национальных государств, включая Конституционный Суд РФ. Рассматривая международно-правовую практику деятельности международных судов и других международных правозащитных контролирурующих органов и организаций, автор отмечает усиление интеграции международного и национального правотворчества, усложнение межгосударственных связей, появление глобальных проблем, решение которых требует солидарного участия в их разрешении. С точки зрения И.А. Умновой-Конюховой, значительную роль здесь играет то обстоятельство, что отдельные вопросы, традиционно отнесенные к внутренней компетенции государств, ныне регулируются и нормами международного права [3, с. 125].

Общие принципы права доказали свою способность выступать элементом уравнивания зачастую несовместимых решений международных судов и национальных судов. Особую важность приобретает дифференцированное применение общих принципов права в конкретных случаях. Обусловлено это тем, что «...каждый из конфликтов имеет свои правовые, исторические и политические мотивы» [3, с. 152]. В связи с этим И.А. Умнова-Конюхова справедливо ставит вопрос о значимости формирования общих критериев использования правовых рычагов для разрешения ситуаций, когда возникает конфликт между общими принципами права [3, с. 131–153].

Надо заметить, что в данной монографии анализируются взгляды многих теоретиков права и конституционалистов, раскрываются методологические, правовые и прикладные аспекты применения российскими судами конституционных предписаний. На основе обзора судебной практики выделяются сложившиеся тенденции и особенности применения российскими и международными судами общих принципов права.

Научный интерес представляют также положения о выявлении наиболее востребованных доктрин современности. В их числе автор выделяет следующие доктрины: конституционного ограничения деятельности всех международных и национальных органов, организаций и учреждений в целях соблюдения прав человека; пределов свободы усмотрения государства, его органами, в том числе судами (*margin of appreciation*); благоприятного правового режима человека, подразумевающего расширительное толкование прав человека международными и национальными судами на основе естественно-правовых принципов гуманизма и справедливости [3, с. 153–154].

Несмотря на различные ракурсы исследования такого правового явления реальности, как правосудие, и проблем, связанных с ним, авторы едины в том, что правосудие имеет важное значение для устойчивого развития правопорядка в обществе.

Список литературы

1. Аверин А.В., Гроза Ю.А. Правосудие и право. – 2 е изд., доп. – М. : Юрлитинформ, 2020. – 440 с.
2. Бастрыкин А.И., Александрова О.И., Бабенко В.Н. Система правосудия в России и проблемы ее совершенствования: история и современность. – М. : ВГУЮ (РПА Минюста России), 2018. – 308 с.
3. Умнова-Конюхова И.А. Национальное правосудие и международное правосудие: Теория и практика взаимодействия в публично-правовых отношениях (Принципы государственности и прав человека). – М. : РГУП, 2020. – 324 с.

ЛЕССАРД М. ДИНАМИЧЕСКИЙ ПОДХОД СУДОВ К ДИАХРОНИЧЕСКОЙ ЦЕЛОСТНОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА. (Реф. ст.).

LESSARD M. A dynamic judicial approach to diachronic legislative integrity // Canadian journal of law & jurisprudence. – Cambridge, 2020. – Vol. 33, N 2. – P. 481–491. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/abs/dynamic-judicial-approach-to-diachronic-legislative-integrity/45D6F88AAB7255746632AAD2B10C0631> (дата обращения: 14.06.2021). (Article summary).

Ключевые слова: диахроническая целостность; толкование права; принципы права; теория государства и права.

При принятии решений суды исходят из того, что законодательные органы соблюдают и всегда соблюдали *диахроническую целостность*, которая определяется как обязательство обеспечивать последовательность и согласованность законодательных решений.

Однако вопреки этому предположению, законодательство редко бывает полностью целостным, последовательным и непротиворечивым. Одна из причин заключается в том, что законодательные органы могут со временем изменить свое мнение. М. Лессард в своей статье рассматривает несколько основных вопросов, связанных с диахронической целостностью законодательства: какие последствия для судов несёт выраженная приверженность законодательного органа к диахронической целостности, в то время как закон еще не является последовательным и непротиворечивым? Каким образом суды должны учитывать стремление законодательных органов к диахронической целостности при обобщении

характеристик соответствующих законов, учитывая, что эти законодательные органы могут со временем изменить закон?

Теории толкования законов обычно предполагают, что закон является последовательным, непротиворечивым и целостным. При столкновении с «пробелом в законе» или «сложным делом», связанным с толкованием закона, эти теории предлагают судьям искать нормативный ответ, который был бы последовательным и согласованным с действующим законодательством.

Чтобы привести правовое толкование в соответствие с целостностью законодательства, судам необходимо выявлять логическую связь между предполагаемым правовым толкованием и соответствующим текущим законодательным материалом. Другими словами, суды должны определить какой-то принцип, действующий в существующем законодательстве, и применить его к рассматриваемому делу.

Стремление судебной системы соответствовать стремлению законодательного органа к обеспечению диахронической целостности сокращает пул потенциальных судебных ответов на «правовой пробел» или «сложное дело» до ответов, которые согласуются с остальной частью законодательства. Сокращение возможных вариантов судебных решений влечет за собой уменьшение влияния судов на состояние законодательства, поскольку они будут давать ответы, соответствующие ему, а не нарушающие его стабильность. Это желательно по двум основным причинам.

Во-первых, минимальное судебное воздействие на закон оставляет больше места для выражения воли законодательного органа, что ценно в демократическом государстве. В демократических системах обычно предполагается, что суды не имеют полномочий на внесение изменений в законодательство. Таким образом, чем больше нормативный ответ суда соответствует выраженной воле законодательного органа, будучи согласованным со всеми его соответствующими нормативными правовыми актами, тем больше вероятность того, что он оправдает ожидания граждан и сохранит свою легитимность. Таким образом, правовая аргументация, предполагающая диахроническую законодательную целостность, безусловно помогает защитить волю народа и авторитет судебного учреждения.

Во-вторых, стремление судебных органов реагировать на «пробелы в законодательстве» или «сложные дела» с целью содействия диахронической целостности законодательства облегчает планирование своих действий законопослушными субъектами. Столкнувшись с «пробелом» или «сложным делом», субъекты права будут иметь лучшее представление о том, как действовать так, чтобы их поступки соответствовали закону.

Однако, как бы ни была обоснована приверженность судов к законодательной диахронической целостности, её нынешнее понимание проблематично. Современные модели диахронической целостности предполагают непрерывность во времени без указания какого-либо временного диапазона или учета возможности того, что законодательный орган изменит свое мнение.

Теории толкования законов рассматривают закон в целом, извлекая из него принципы, которые могли бы придать закону ощущение последовательности и связности. Такой подход не проводит различия между принципами, которым законодательный орган наиболее привержен, и принципами, которыми он пренебрегает или которые отвергает. Следы пренебрегаемых и отвергаемых принципов все еще могут быть заметны в законе, что создает риск того, что суды будут акцентировать на них внимание вместо того, чтобы отдавать приоритет принципам, которым законодательный орган наиболее привержен.

Недавнее решение Апелляционного суда Квебека является хорошим примером такого риска. Первая глава Гражданского кодекса Квебека, посвященная родительскому статусу, имеет название «Родство по крови». Это, по-видимому, наводит на мысль о существовании юридического принципа, согласно которому родительский статус должен определяться генетическими признаками. Однако первичные средства определения родительского статуса в Квебеке не связаны с генетическими связями детей и родителей. Напротив, статьи Кодекса предусматривают определение родительского статуса на основании социальных фактов (поведение человека в качестве родителя, добровольное признание родительства и т.д.) и институциональных фактов (запись в качестве родителей в свидетельстве о рождении ребёнка). Кодекс даже запрещает любые попытки подорвать родительский статус посредством генетического тестирования, когда в свидетельстве о рождении в

качестве родителя записан конкретный человек и он действовал в качестве родителя в течение значительного периода времени (р. 485).

Старый принцип, приравнивающий родительский статус к кровному родству, по-видимому, был отвергнут Национальной ассамблеей Квебека в пользу определения родительства, ориентированного на социальные и институциональные факты. И всё же судам еще трудно понять смысл этой главы, поскольку некоторые судьи считают, что название главы предполагает, что старый принцип всё еще существует. Например, в недавнем решении Апелляционного суда Квебека судья отдал предпочтение генетическому родству, а не социальным связям. Он указал, что отцовство действительно обычно определяется социальными фактами, но поскольку речь идет о «родстве по крови», принцип генетического отцовства важнее принципа социального отцовства (р. 485). Вместе с тем внимательное отношение к эволюции взглядов Национальной ассамблеи на законное отцовство с течением времени привело бы к другому судебному решению, которое признало бы нынешнюю приверженность Ассамблеи социальному и институциональному определению отцовства.

Судебный подход к диахронической целостности законодательства, воспринимающий закон в целом, приводит к судебным решениям, несовместимым с волей законодательного органа и, возможно, с волей народа, что является нежелательным результатом в демократической системе. Судам нужна более тонкая система толкования, способная учитывать течение времени.

Для того чтобы ответить на вызовы, которые судебная приверженность диахронической целостности законодательства ставит перед толкованием законов, автор предлагает принять *динамический подход* к целостности законодательства. Указанный подход признает, что законодательные органы находятся в постоянном процессе принятия решений. Этот динамизм в основном обусловлен постоянным открытием новой информации, необходимостью преодоления неожиданных нежелательных законодательных последствий и неизбежной сменой лиц, принимающих решения. Как следствие, законодательный орган может со временем принять соответствующие времени изменения в закон. Признавая этот факт, динамический подход к целостности способствует последователь-

ности и согласованности не со всем массивом актов законодательного органа, а с принципами, которым он наиболее привержен.

Динамический подход к диахронической целостности признает, что законодательные органы находятся в постоянном процессе поиска согласованности законодательства и пока лишь частично нашли ее. В отличие от него, *статический* подход к целостности постулирует, что законодательный орган уже достиг рефлексивного равновесия и, таким образом, последовательность и согласованность уже распространились на всё законодательство.

Современные теории толкования законов используют статический подход к диахронической целостности законодательства. Они воспринимают закон как последовательную, непротиворечивую и целостную систему. Однако закон не образует единого целого, поскольку законодательные органы всё еще находятся в процессе разработки системы норм, представляющих демократическую волю. Они находятся в процессе, подобном поиску рефлексивного равновесия, поскольку пытаются найти баланс между собственными взглядами и принципами. М. Лессард считает, что теории толкования законов должны отражать этот динамизм принятия и отвержения различных принципов и убеждений. Это желательно в демократическом государстве, потому что, соблюдая принципы, которым наиболее привержены законодательные органы, суды, вероятно, в большей степени будут учитывать волю народа.

А.П. Иванова

ГЕНН Х. КОГДА ЗАКОН ПОЛЕЗЕН ДЛЯ ВАШЕГО ЗДОРОВЬЯ: СМЯГЧЕНИЕ СОЦИАЛЬНЫХ ДЕТЕРМИНАНТ ЗДОРОВЬЯ ЧЕРЕЗ ДОСТУП К ПРАВОСУДИЮ. (Реф. ст.).

GENN H. When law is good for your health: Mitigating the social determinants of health through access to justice // Current legal problems. – 2019. – Vol. 72. – P. 159–202. – URL: <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/72/1/159/5522522> ; <https://doi.org/10.1093/clp/cuz003> (дата обращения: 11.07.2021). (Article summary).

Ключевые слова: доступ к правосудию; правовая помощь; правовая защита; отправление правосудия; бесплатные юридические консультации; медицинское правосудие; доступ к здравоохранению; здоровье человека.

Зарубежные исследования в области доступа к правосудию за последние два десятилетия подтвердили пагубные для здоровья последствия неудовлетворенных правовых потребностей. Увеличение взаимозависимости между правом и здравоохранением, свидетельствует о том, что социальные и экономические проблемы приводят к ухудшению здоровья и что утрата здоровья приводит к возникновению правовых проблем. При этом, как отмечает автор статьи Х. Генн, профессор социально-правовых исследований и исполнительный директор Центра доступа к правосудию юридического факультета Университетского колледжа Лондона (University College London, UCL), социально-эпидемиологические исследования выявляют неравенство граждан в области здравоохранения, которое в значительной степени объясняется такими социальными факторами, как доход, жилье, занятость и образование. Хотя правовые вопросы включены в большинство социальных детерминант здоровья, право в значительной степени остается в тени, не получая достаточного исследования в этой области (p. 159).

Исходя из этого, автор пытается обобщить результаты международных социально-правовых разработок в области взаимосвязи между правом и здоровьем. Их анализ показывает, что плохое здоровье создает проблемы, для решения которых закон предусматривает правила, позволяющие их решать. Законодательство предусматривает права и льготы для защиты уязвимых групп людей от большинства известных факторов, наносящих ущерб здоровью и благосостоянию. Практикующие юристы разрабатывают социальные детерминанты для смягчения негативных последствий для здоровья, включая низкий доход, неадекватное жилье, бездомность, доступ к возможностям получения образования, гарантии занятости, распад семьи, дискриминацию, бытовые и иные злоупотребления.

Х. Генн раскрывает роль права в здравоохранении на трех различных уровнях. На *макроуровне* государство поощряет индивидуальные и демографические льготы в области здравоохранения, принимает законы, запрещающие курение, устанавливает цены на алкоголь и налоги на сахар. Кроме того, на макроуровне суды посредством судебных решений воздействуют на медицинскую практику и стандарты оказания медицинской помощи. На *местном* уровне на здоровье влияет широкий спектр институциональных стратегий. Закон обеспечивает возможность получения дополнительных услуг и товаров, предназначенных для укрепления здоровья малообеспеченных и уязвимых групп населения. На *микро- (индивидуальном)* уровне законодательство предписывает меры по устранению неравенства и социальной изоляции (р. 163).

Государственное здравоохранение, как правило, не рассматривает правовой сектор в качестве средства решения проблем здравоохранения. Роль права как посредника в обеспечении здоровья нации является одной из наименее признанных. И все же, подчеркивает Х. Генн, «правовые вопросы заложены в большинстве социальных детерминант здоровья, что делает юристов необходимыми субъектами реализации любой стратегии, будь то на индивидуальном, местном или национальном уровне» (р. 165). Таким образом, делает вывод автор, социальные проблемы или социальные потребности могут стать юридическими потребностями в тех случаях, когда закон устанавливает право или льготы, которые облегчили бы или ослабили социальную потребность.

Доступ к правосудию как основополагающий принцип может способствовать сокращению масштабов нищеты и избавлению людей от социальной изоляции. Анализ международных исследований позволил автору статьи сформулировать ряд выводов. Наиболее важный из них заключается в том, что хотя проблемы, подлежащие разрешению в судебном порядке, носят повсеместный характер и затрагивают все социальные группы, однако такие проблемы являются наиболее распространенными в группах с неблагоприятным положением. Низкодоходные, социально изолированные и уязвимые группы населения подвержены значительно более высокому уровню переживания как от проблем, подлежащих судебному разбирательству, так и от большей распространенности негативных последствий от таких случаев (р. 166).

Юридические консультации и помощь в решении проблем, подлежащих разрешению в судебном порядке, зачастую имеют важное значение; обследования потребностей в правовой помощи были направлены на выявление различных «путей отправления правосудия». Хотя существует множество возможностей, опросы населения показывают, что зачастую (особенно среди социально незащищенных групп населения) люди ничего не делают, чтобы решить свои проблемы, поскольку они не знают своих прав, не знают, что делать и куда обращаться за помощью, или не считают, что решение возможно. А те, кто обращается за помощью, часто обращаются к неподходящим источникам (р. 175).

Х. Генн обосновывает необходимость междисциплинарного партнерства, выходящего за рамки здравоохранения и социального обеспечения, в целях сокращения неравенства в области здравоохранения. Партнерство в области здравоохранения и правосудия включает: правовую помощь по оказанию медицинских услуг; создание групп по улучшению здоровья и благополучия для отдельных уязвимых лиц или групп, в том числе прямое предоставление услуг в местах, к которым они имеют доступ; комплексные меры реагирования; перестройку системы обслуживания вокруг потребностей и возможностей клиентов; пропаганду изменений в политике, которая влияет на социальные детерминанты здоровья (р. 186).

Автор предлагает обеспечить доступную бесплатную юридическую поддержку, которая может устранить существующие правовые проблемы, затрагивающие здоровье, избежать эскалации

проблем, которые могут привести к проблемам со здоровьем (р. 187). Партнерство в области здравоохранения и правосудия основывается на доверии граждан к поставщикам медицинских услуг для оказания юридических консультативных услуг на индивидуальном уровне, которые обеспечивают права и льготы, необходимые для пациентов с низким доходом и уязвимых групп (например, поддержание дохода, надлежащее жилье, гарантии занятости, специальное образование, безопасность семьи), и, тем самым, улучшают здоровье и благосостояние (р. 188).

Существует множество различных моделей сотрудничества в области медицинского правосудия, однако какой бы ни была модель, стремление к интеграции медицинских и юридических услуг исходит из понимания того, как партнерство может решить проблему неудовлетворенных юридических потребностей, наносящих ущерб здоровью. Во многих случаях партнерская деятельность выходит за рамки оказания правовой помощи пациентам и включает в себя междисциплинарную подготовку и системную информационно-пропагандистскую деятельность (р. 192).

По мнению автора, формирующаяся междисциплинарная область правосудия, специализирующаяся на сфере здравоохранения, находится на ранних стадиях эволюции, границы которой остаются подвижными и в рамках которой существуют международные различия в направленности, обусловленные особенностями в степени влияния социальных, экономических, политических и структурных факторов на равенство / неравенство в области здравоохранения. Автор считает право определяющим фактором здоровья и средством смягчения неравенства в отношении здоровья. Главный вопрос заключается в том, как объединение правовых и медицинских услуг может трансформировать предоставление услуг обездоленным и уязвимым группам населения в целях повышения благосостояния и смягчения неравенства в отношении здоровья (р. 197).

Целью системы правосудия в области здравоохранения является содействие внедрению научно обоснованных инноваций в сфере услуг для более эффективного решения проблемы неравенства в рассматриваемой сфере. Это требует проведения междисциплинарных исследований, опирающихся на теоретические представления, перспективы и методы таких дисциплин, как

эмпирические правовые исследования, социальная эпидемиология, социология, криминология, психология и экономика здравоохранения. Хотя оценка комплексных медико-правовых услуг является одним из центральных элементов системы правосудия в области здравоохранения, она может быть лишь одной частью этой области.

Исследования в области здравоохранения и правосудия выявляют необходимость развития междисциплинарной исследовательской программы. Данная программа обеспечит доказательства того, как здравоохранение и юридические услуги вместе могут смягчить негативные детерминанты плохого здоровья среди обездоленных и уязвимых групп. Однако для достижения междисциплинарного сотрудничества необходимо, чтобы исследователи в области здравоохранения признали важность права и юридических услуг как факторов, влияющих на здоровье, и включили этот аспект в свои исследования. Кроме того, ученые-юристы должны понимать, что «здоровье – это одна из самых важных вещей, на которые может влиять закон, и что эмпирические исследования влияния права на здоровье вносят важный вклад в изучение права» (р. 200).

Партнерство правосудия и здравоохранения признается автором практическим движением, которое поощряет комплексный подход к оказанию услуг для устранения коренных причин плохого состояния здоровья, а не просто для лечения физических и психологических проявлений негативных социальных детерминант здоровья. Хотя эффективный доступ к правосудию имеет основополагающее значение для обеспечения верховенства права, он не является самоцелью. такой подход способствует соблюдению прав и льгот, предусмотренных законом, и тем самым способствует благосостоянию в самом широком смысле этого слова. При описании сферы медицинского правосудия и практики партнерства в области медицинского правосудия автором обосновывается необходимость признания надлежащей интеграции юридических и медицинских услуг (р. 205).

Н.В. Крысанова

ДЖИКО И.Т. ТРАГЕДИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ: ИССЛЕДОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ ПРАВА И СУДОВ. (Реф. ст.)

GICO I.T. THE TRAGEDY OF THE JUDICIARY: AN INQUIRY INTO THE ECONOMIC NATURE OF LAW AND COURTS // German law journal. – 2020. – Vol. 21, N 4. – P. 644–673. – URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/tragedy-of-the-judiciary-an-inquiry-into-the-economic-nature-of-law-and-courts/6129093FD0A3D048D0C13AF62A27BF1D/core-reader> (дата обращения: 12.06.2021). (Article summary).

Ключевые слова: загруженность судов; теория права; природа права; природа судов; трагедия судебной власти.

В статье профессора И.Т. Джико-мл., сотрудника юридического факультета Центра общего образования Бразилии (Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCeUB), исследуется экономическая природа права и судов в целях объяснить современные проблемы перегруженности судебной системы.

Экономическая теория нередко используется для подчеркивания двойной природы права, его «принуждения» и «соблюдения» (coercion and compliance). В смысле «принуждения» право выступает в качестве некоего «блага не для всех», которое для своей реализации требует дополнительного блага – суда. Но поскольку суд по своей природе призван обеспечивать частное благо (private good), данный «продукт» судебной деятельности будет проявлять себя как частное благо. Однако расширение политики доступности правосудия рано или поздно преобразуется из частного блага, которое обеспечивается судебной системой, в общедоступный ресурс. Парадоксальным результатом такого рода трансформации становится то, что предоставление неограниченного

доступа к правосудию широким массам фактически может препятствовать человеку в реализации своих прав, – это и составляет трагедию судебной системы.

С этой точки зрения автор обращается к исследованию двух аспектов реализации правовой политики в сфере доступности правосудия: проблеме достижения правовой определенности и проблеме «отрицательного отбора», потенциально возникающего в судебной системе вследствие ее перегруженности (р. 644).

Судебная система – это институциональная технология, разработанная на протяжении столетий человеческих экспериментов с единственной целью – разрешать споры путем применения правил, установленных правовыми нормами. Нормально функционирующая судебная система имеет важнейшее значение для развития любого общества и государства. С позиции общественности, наличие беспристрастного механизма урегулирования споров позволяет политическим партиям и группам достигать компромиссных решений *ex ante*, т.е. развивать законодательство, соблюдение которого будет осуществляться должным образом. Соответственно, *ex post*, достигается посредством механизма государственного принуждения.

С точки зрения частных интересов, судебная система не только защищает права граждан от возможных нарушений со стороны государства, но и позволяет развивать сотрудничество между отдельными лицами в целях удовлетворения их частноправовых интересов посредством договора (contracts). При этом институциональная функция судебной власти требует, чтобы любое нарушение прав было своевременно исправлено, а так как суды перегружены делами, возникают социально-экономические проблемы, снижающие ее эффективность, в конечном счете подрывающие ценность права как такового (р. 645).

Сегодня почти повсеместно в мире принято говорить, что судебная система находится в кризисе. Во многих странах судебная система считается медлительной, неэффективной и дорогостоящей. В правовых системах проводились и планируются многочисленные реформы, направленные на ускорение работы судов, однако их результаты до сих пор не были вполне удовлетворительными, в то время как загруженность судов – во множестве юрисдикций – продолжает нарастать. Причинами перегруженно-

сти судов признаются нехватка ресурсов, сложные процедуры, стимулы адвокатов и судей, дефекты управления, культура, плохое качество и чрезмерное количество законов и др. Тем не менее, утверждает автор, до сих пор идея о том, что сама природа права и судебной системы может способствовать возникновению проблемы перегруженности судов, не была досконально исследована (р. 646).

Важное значение в решении рассматриваемой проблемы имеет, по мнению исследователя, анализ экономической природы права и судов. Так, достаточно долгое время в экономической литературе основное обсуждение вопроса о соотношении общественного (публичного) и частного (личного) блага сводилось к попыткам провести различие между тем, что должно быть отнесено к рыночному регулированию, и тем, что должно быть областью государственного регулирования. Соответственно, если что-либо характеризуется как «частное благо», то оно должно обеспечиваться рыночными механизмами; если нечто обозначается как «общественное благо», – оно предоставляется государством (р. 647). Однако И.Т. Джико предлагает опираться на такие экономические категории как «исключительность» («excludability») и «конкурентность» («rivalry») (р. 647). К примеру, в современных экономических подходах «исключительность» доступа означает возможность для обладателя определенного товара или поставщика определенной услуги исключить доступ отдельных лиц к пользованию соответствующим товаром или услугой (р. 647).

«Конкурентность» подразумевает, что потребление одним лицом данного товара или услуги препятствует (или существенно снижает) потребление его другим лицом. Например, если некоторым благом может пользоваться более чем один человек без существенного сокращения возможностей его использования другим, такое благо может рассматриваться как «неконкурентное». Примерами последнего служат «услуги» национальной безопасности и прогнозы погоды, поскольку «потребление» этих «благ» одним человеком не будет нисколько препятствовать другим пользоваться теми же благами, – напротив, они останутся доступными для использования всеми – в существенно неизменном количестве и качестве (р. 647).

Если посредством указанных характеристик объединить четыре различных группы благ, а именно: (1) общественные (публичные) блага, которые одновременно являются неконкурентными и неисключительными; (2) частные (личные) блага, которые противопоставляются общественным благам, поскольку одновременно являются конкурентными и исключительными; (3) ресурсы общего пользования – которые являются неисключительными, однако потребление которых существенным образом снижает возможности пользования ими для других – что делает их конкурентными, как это свойственно частным благам; (4) «клубные блага» («блага не для всех»), которые являются исключительными (как частные блага), однако не являются конкурентными (как общественные блага), традиционная дискуссия о предоставлении «благ» государством или рынками приобретает более точное значение.

Далее автор пытается объяснить, как применение экономической теории частных и общественных благ помогает раскрыть экономическую природу права и судов. Подчеркивается, что большинство дискуссий об экономической природе права – это, по сути, всего лишь спор в рамках более широких дебатов о том, жизнеспособно ли анархическое общество или же требуется (создать) государство для обеспечения общественного порядка. Для тех, кто выступает «за» государство, закон считается общественным благом. Тем не менее, по мнению автора, право (и закон) может, в сущности, выступать и как общественное, и как «клубное» благо. Действительно, в своей простейшей концепции право есть не что иное, как информация о том, как судебная система должна будет реагировать, когда в ней будет представлен соответствующий спор («принуждение»), а также информация о том, как люди должны действовать («соблюдение») (р. 649).

В таком подходе и на множестве примеров не составит труда продемонстрировать, что закон «не конкурентоспособен» по своей природе. Однако совершенно ясно, что закон (как «принуждение») в высшей степени «исключителен». С этих позиций, в концепции автора, закон, строго говоря, не будет являться «общественным благом» по своей природе, он скорее будет относиться к «клубным благам».

В связи с этим закономерно возникает вопрос: каковы последствия признания того, что закон является «клубным благом»? Самый простой ответ на этот вопрос, по мнению автора, состоит в том, что, коль скоро закон (как «принуждение») несет характеристику «исключительности», следовательно, «поставщик» соответствующих «услуг», – в данном случае в рамках, например, судебной системы, – может отказать в предоставлении соответствующих «услуг» тем, например, кто отказывается оплачивать расходы на предоставление таких услуг (р. 651).

Автор развивает свой подход следующим образом. Так, если исходить из утверждения, что закон есть знание, возникает вопрос: как будут вести себя суды в том или ином случае и обстоятельствах при рассмотрении споров? Здесь, считает И.Т. Джико, можно выделить два аспекта проблемы: один – для «потребителя» (т.е., в данном случае, рядовых граждан), а другой – для «поставщика» (т.е., в данном случае, официальных лиц, судей и др.). С одной стороны, субъекты права, зная просто закон, будут осведомлены, как вести себя и какое поведение других людей можно ожидать. Эти знания позволят им сделать выбор в отношении своего собственного поведения. С другой стороны, судьи должны знать, как разрешить спор, исходя из знания закона и применения его норм. С точки зрения экономической теории речь идет об «экономии со стороны спроса»: чем больше людей знают закон, тем больше людей склонны будут следовать ему, и, следовательно, тем ценнее будет это знание и меньше будет возникать судебных споров (р. 652).

Следующий тезис, который отстаивает И.Т. Джико, состоит в том, что право и суд являются взаимодополняющими благами: в случае, когда право понимается в аспекте «принуждения», становится ясно, что речь идет о совокупности норм, которые применяются в рамках судебной системы для разрешения споров в данной юрисдикции и, следовательно, формируют коллективное поведение. Другими словами, закон становится «благом» только в том случае, если существует эффективная судебная система, поддерживающая его. С экономической точки зрения это эквивалентно утверждению, что право и судебная система дополняют друг друга и представляют собой «совокупный продукт» («a bundled product») (р. 654).

Анализ экономической природы судебной системы позволяет автору оценить некоторые аспекты в динамике современных правовых систем и сделать вывод о том, что политика неограниченного доступа к правосудию может вместо гарантий прав граждан привести к их фактическому отчуждению (р. 656). Ключ к пониманию последнего лежит в том, что в силу развития общей доступности правосудия судебная система начинает проявлять себя как «конкурентный поставщик услуг». Примером может служить распространенная практика оплаты разного рода сборов и пошлин в судах в связи с судебным разбирательством соответствующего дела и судопроизводством. Однако исключительность судебной услуги не обязательно воплощается в финансовой форме: доступ к услугам может регулироваться другими механизмами, например, квотированием. Так, в сущности, судебная система, в экономическом смысле, может рассматриваться как вид «конкурентного ресурса» («a rival resource») (р. 658).

Далее И.Т. Джико переходит непосредственно к анализу природы и характеристике трагедии судебной системы. Развитие неограниченного доступа к судебным «услугам», указывает он, как минимум, ведет к естественному образованию очередей. Кроме того, любое дополнительное обращение в суд препятствует или существенно снижает возможности всех других лиц, обратившихся в суд (р. 658). Трагедия судебной системы ведет к парадоксальной ситуации: с одной стороны, люди должны иметь возможность отстаивать свои права в суде без препятствий, с другой стороны, неограниченный доступ к судебной системе для каждого отдельного человека подрывает доступ к правосудию для всех остальных. В связи с этим автор предлагает усовершенствовать механизмы управления деятельностью судов в целях предотвращения чрезмерной загруженности судебной системы (р. 662). Особые надежды он возлагает здесь на преодоление правовой неопределенности в правовых системах. Политики и судьи должны неустанно работать над достижением как можно большей правовой определенности и, насколько это возможно, максимально сократить сроки судебного разбирательства, в том числе за счет развития законодательного регулирования, принятия новых правовых норм по расширенному кругу социальных отношений (р. 665).

В заключение автор подчеркивает, что, коль скоро чрезмерная загруженность судебной системы во многом является результатом политики обеспечения доступности правосудия, то недостаточное внимание к проблеме правовой определенности усугубляет «судебную трагедию». Хотя проблему можно смягчить путем принятия различных механизмов «квотирования» – по аналогии с рыночным регулированием, единственной мерой, которая эффективно способна снизить нагрузку на современную судебную систему в целом, при сохранении свободного доступа к ней, являются «инвестиции» в правовую определенность. Поэтому «правовая определенность», с точки зрения автора, должна быть главным направлением государственной политики – в стремлении предотвратить или, по крайней мере, смягчить трагедию судебной системы современности (р. 673).

Е.В. Скурко

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

УДК 347

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.12

ИВАНОВА А.П.¹ ЗАГАДКИ ЦИФРОВОЙ СОБСТВЕННОСТИ: НОВЫЕ ФОРМЫ ВЫРАЖЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре анализируется проблема актуальности системы интеллектуальных прав в цифровую эпоху, исследуются перспективные модели передачи прав на интеллектуальную собственность, соответствующие современным реалиям. Особое внимание уделяется таким культурным явлениям, как мемы, эмодзи и GIF-файлы, которые рассматриваются в контексте несанкционированного использования интеллектуальной собственности и защиты интеллектуальных прав.

Ключевые слова: интеллектуальные права; интеллектуальная собственность; цифровая собственность; цифровизация; культурная апроприация (заимствование).

IVANOVA A.P. The mysteries of digital property: New forms of expression of the results of intellectual activity in the digital age. (Review).

Abstract. The review analyzes the problem of the relevance of the intellectual property rights system in the digital age, examines promising models of the transfer of intellectual property rights that respond to today's realities. Special attention is paid to such cultural phe-

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

nomena as memes, emojis and GIFs, which are considered in the context of unauthorized use of intellectual property and protection of intellectual rights.

Keywords: intellectual rights; intellectual property; digital property; digitalization; cultural appropriation.

Киберпространство в процессе своего развития сталкивается с неразрешимой загадкой, лежащей в основе почти всех юридических, этических, правительственных и социальных проблем, которые можно найти в виртуальном мире, и она связана с цифровой собственностью.

В 1994 г. Джон Перри Барлоу опубликовал статью «Экономика идей» в журнале WIRED, с подзаголовком «Структура патентов и авторских прав в цифровую эпоху (Все, что вы знаете об интеллектуальной собственности, неверно)». В статье утверждается, что коммерциализация материалов, защищенных авторским правом, сродни продаже вина без бутылок.

Метафора Барлоу оказалась поразительно уместной. На протяжении более 200 лет законодательство об авторском праве определяло и определяет права как владельцев, так и пользователей авторских прав, прежде всего, путем регулирования создания и распространения материальных объектов, в которых были воплощены произведения, охраняемые авторским правом.

Вместе с тем сетевые цифровые технологии позволили беспорядочное копирование и широкое распространение произведений, полностью отделённых от материальных объектов. «Загадка заключается в следующем: если собственность можно бесконечно воспроизводить и мгновенно распределять по всей планете без каких-либо затрат, без нашего ведома, даже не оставляя её в нашем владении, как можно защитить её?» [3, p. 127].

Некоторые из первоначальных размышлений Дж. Барлоу о природе и ценности информации кажутся поразительно прозорливыми спустя несколько десятков лет. Предположение Дж. Барлоу о том, что информация сама по себе начнёт вытеснять деньги в качестве доминирующей валюты, предвещало будущее, в котором будут править Google, Facebook и Amazon – три компании, которые получают значительную часть своей прибыли от торговли информацией.

Дж. Барлоу предложил переосмыслить информацию в сетевой цифровой среде и воспринимать её, скорее, как живой организм, а не как статический пакет знаний. Информация эволюционирует, распространяется и со временем портится. Разрыв между традиционным законом об авторском праве и цифровыми технологиями со временем становится всё более непреодолимым.

По мнению Дж. Барлоу, закон об интеллектуальной собственности не может быть исправлен, модифицирован или расширен, чтобы ограничить количество оцифрованного выражения, а закон о недвижимости не может быть пересмотрен, чтобы охватить распределение радиовещательного спектра. Необходимо разработать совершенно новый набор методов, который соответствует совершенно новому набору обстоятельств.

Источник этой загадки настолько же прост, насколько сложно её решение. Цифровые технологии отделяют информацию от физического измерения, где все виды права собственности всегда находили своё определение. На протяжении всей истории интеллектуальных прав нормативные положения были сосредоточены не на самих идеях, а на их выражении. Сами идеи, а также факты о явлениях мира всегда считались коллективным достоянием человечества. Например, в случае авторского права субъективные права автора относятся лишь к фигуре речи, используемой для передачи конкретной идеи или набора фактов.

Отправной точкой, с которой начинаются интеллектуальные права, является момент, когда «слова становятся плотью», покинув разум своего создателя и войдя в некоторый физический объект, будь то книга или иное произведение [1, p. 9].

С появлением оцифровки все предыдущие формы хранения информации стали не нужны: их заменили более сложные и ликвидные формы – наборы единиц и нулей. Со временем все блага информационной эпохи – все выражения, которые когда-то содержались в книгах, кинолентах, записях или информационных бюллетенях, – будут существовать либо как чистая мысль, либо как нечто очень похожее на мысль: набор светящихся пикселей или звуков, к которым невозможно прикоснуться и владеть в традиционном смысле этого слова [1, p. 10].

В идеале законы закрепляют уже сложившийся социальный консенсус. Они представляют собой не столько сам общественный

договор, сколько серию меморандумов, выражающих коллективное намерение, возникшее в результате многих миллионов человеческих взаимодействий. Однако люди не жили в киберпространстве достаточно долго, чтобы выработать общественный договор, который соответствовал бы странному новым условиям этого мира. Законы, разработанные до достижения консенсуса, обычно служили и служат небольшой группе влиятельных людей, которые смогли добиться их принятия, а не обществу в целом.

Конечно, информация сама по своей природе нематериальна, и ее трудно определить. Как и другие глубокие явления, например, свет или материя, она является носителем множества различных парадоксов. Насколько полезно и необходимо понимание света как частицы и волны, настолько понимание информации необходимо в форме абстрактного сопоставления нескольких его различных свойств, которые можно описать следующими тремя утверждениями:

информация – это деятельность. Это то, что происходит в области взаимодействия между умами, объектами или другими частями информации;

информация – это форма жизни. Единицы информации самовоспроизводятся, взаимодействуют со своим окружением и приспособляются к нему, видоизменяются, сохраняются. Как и любая другая форма жизни, они развиваются, чтобы заполнить возможные пространства своей локальной среды, которые в данном случае являются окружающими системами верований и культурами их хозяев – людей;

информация – это отношения. В большинстве случаев мы придаем ценность информации исходя из ее значимости. Получение информации часто является таким же творческим действием, как и ее создание.

В будущем информационная экономика в связи с отсутствием физических объектов станет больше основана на отношениях, а не на владении. Одной из существующих моделей будущей передачи интеллектуальной собственности является выступление в реальном времени – модель, которая в настоящее время используется только в театре, музыке, стендап-комедии и педагогике. Предполагается, что концепция выступления расширится и включит большую часть информационной экономики – от многосерийных

мыльных опер до фондового анализа. В этих случаях коммерческий обмен будет больше похож на продажу билетов на непрерывное шоу, чем на покупку отдельных частей того, что демонстрируется.

Другая перспективная модель для информационной экономики – сервисная. Весь профессиональный класс – врачи, юристы, консультанты, архитекторы и т.д. – уже получают деньги за свою интеллектуальную собственность в виде гонораров. Кому нужны авторские права, когда есть возможность получать гонорар?

Фактически, модель гонорара применялась ко многим объектам, охраняемым авторским правом, вплоть до конца XVIII в. До начала индустриализации творчества писатели, композиторы, художники и т.п. создавали свои произведения в частных интересах покровителей. Без объектов, которые можно было бы распространять на массовом рынке, творческие люди вернутся к подобному статусу, за исключением того, что они будут служить многим покровителям, а не одному.

Новые формы выражения результатов интеллектуальной деятельности продолжают испытывать пределы правовой конструкции интеллектуальной собственности. Рассмотрим блокбастерную игру Fortnite. Epic Games предлагает игру Fortnite бесплатно, однако пользователи платят за виртуальную одежду или различные «эмоции» – танцы, которые позволяют пользователям выражать себя онлайн во время игры. В 2018 г. игроки Fortnite заплатили около 2,4 млрд долл. за право заниматься «эмоциями» в Fortnite.

Дж. Барлоу предполагал, что в будущем Интернет освободит нас от коммодифицирующих сил интеллектуальной собственности – но он, скорее, привнёс товарные отношения в ранее интимные, неприкосновенные сферы [2, p. 145].

Все чаще владельцы интеллектуальных прав предъявляют требования о прекращении определённой деятельности третьим лицам и предлагают свои собственные официальные варианты данной деятельности. Например, Amazon запустил Kindle Worlds – форум для написания и продажи фанфиков, основанных на конкретных произведениях, стриминговый сервис Netflix отправил письмо владельцам поп-ап бара в Чикаго, основанного на популярном телесериале стримингового сервиса «Очень странные дела», с шуткой: «Мы любим наших поклонников больше всего на

свете, но вы должны знать, что Демогоргон прощает не всё» [2, р. 147].

Полный пантеон интеллектуальных прав – авторские права, товарные знаки, патенты и т.д. – используется для создания исключительных прав на внешний вид, ауру и эстетический опыт, связанный с результатами интеллектуальной деятельности. Постоянно расширяющиеся права на мерчендайзинг, основанные на праве на производные произведения авторского права, привели к тому, что коммерциализация опыта вышла за пределы замкнутости речи в замкнутость культурных практик. В результате авторское право и товарные знаки проникли в самые интимные сферы человеческой жизни и деятельности. Законы об интеллектуальной собственности направлены на то, чтобы превращать в товар каждый эндорфин радости, появляющийся в момент, когда люди слышат упоминание о своих любимых персонажах или историях.

Требования прекратить такую деятельность соответствуют высказыванию Рошель Дрейфусс: «Если ценность, то право», логика которого уже была опровергнута давно. Феликс Коэн назвал логику подобных рассуждений «порочным кругом». Они основывают правовую защиту на экономической ценности, в то время как на самом деле экономическая ценность зависит от степени юридической защиты [цит. по: 2, р. 148].

Информация хочет быть свободной. Это, пожалуй, самый известный лозунг информационной эпохи. Дж. Барлоу писал: «Цифровая информация, не ограниченная упаковкой, – это непрерывный процесс, больше похожий на метаморфические сказки доисторических времен, чем на что-либо, что поместится в термоусадочную пленку. От неолита до немецкого первопечатника И. Гутенберга информация передавалась из уст в уста, меняясь с каждым пересказом (или переписыванием). Истории, которые когда-то формировали наше восприятие мира, не имели авторитетных версий. Они приспособивались к каждой культуре, в которой они существовали». И всё старое снова стало новым [2, р. 151].

Как и предсказывал Дж. Барлоу, Интернет взорвался разномножающимися и эволюционирующими мемами. Веб-сайты и приложения предлагают возможность писать собственные подписи к популярным мемам, адаптируя их к собственной политике или взглядам. Но мемы стали не единственным новым словарем

Интернета: эмодзи и GIF-файлы также появились как форма выражения. Эрик Голдман отмечает, что эмодзи предлагают «мощный и эффективный способ самовыражения». Он подчеркивает, что «правильный эмодзи может передать эмоциональную валентность, культурные шутки или другую ценную информацию в общении» [2, р. 152].

В отличие от эмодзи, которые предназначены для публичного использования, GIF-файлы и мемы используют работы, защищенные авторским правом, и происходит это почти всегда без разрешения правообладателей. Они часто заимствуют кадры из видео или фильмов, нередко акцентируя внимание на особенно ярких моментах, позе или жесте в большой сцене.

Тем не менее потока судебных разбирательств, оспаривающих эти виды использования, не наблюдается, несмотря на то что правообладателями, как правило, являются голливудские студии, которые неоднократно заявляли свои претензии в отношении несанкционированного использования интеллектуальной собственности. В самом деле, нет ни одного случая судебного разбирательства по поводу нарушения авторских прав в GIF-файле или меме. Вероятно, это связано с тем, что большинство GIF-файлов и мемов, защищены правовой доктриной добросовестного использования, которая исключает заявления о нарушении авторских прав [2, р. 154].

Даже компании на сегодняшний день создают и используют GIF-файлы и мемы. Тот факт, что их использование является коммерческим, необязательно противоречит доктрине добросовестного использования. В деле *Campbell vs Acuff-Rose Music, Inc.* Верховный суд постановил, что пародия на песню рэп-группы может считаться добросовестным использованием, несмотря на её коммерческую цель: «Чем более преобразующим будет новое произведение, тем меньше будет значение других факторов, таких как коммерциализм, которые могут повлиять на вывод о добросовестном использовании» [2, р. 156].

Важным вопросом, который возникает в связи с развитием киберпространства, также является вопрос культурной апроприации. Конечно, есть основания полагать, что авторское право и другие формы интеллектуальной собственности не являются правильным оружием в битвах, связанных с культурной апроприацией.

Строгие ограничения, связанные с интеллектуальными правами, могут значительно тормозить инновации и дальнейшее развитие культуры. По этой причине Дж. Барлоу считал интеллектуальную собственность слишком мощным инструментом для регулирования такой динамичной области, как культура. Дж. Барлоу предположил, что этика, а не закон, была бы более подходящим инструментом для подобного регулирования.

Совсем недавно выдающийся философ Кваме Энтони Аппиа заявил: «Когда американская поп-звезда зарабатывает много денег на риффах южноафриканской музыки Мбаканга, закономерно возникает вопрос: дал ли богатый американец гораздо более бедным африканцам, которые научили его риффам, их справедливую долю доходов? Если он этого не сделал, то проблема заключается не в культурном воровстве, а в эксплуатации. Люди, которые анализируют такие нарушения с точки зрения собственности, используют коммерческую систему, которая чужда традициям, которые они стремятся защитить». Аппиа приходит к выводу, что «неуважение и эксплуатация являются достойными объектами всеобщего неодобрения, но идея культурной апроприации изжила себя... риторика собственности заманчива и сильна, но когда мы описываем рутинные сложности культуры, она просто неуместна» [2, p. 157].

И тогда возникает вопрос: если инструментом регулирования культуры должна быть этика, чья именно этика должна применяться? Должны ли мы допустить, чтобы конфликты из-за спорных ресурсов определялись этикой тех, кто находится у власти в киберпространстве – «брокеров» Кремниевой долины?

Мемы, как и гены, путешествуют и развиваются. Они являются строительными блоками культуры, так же как гены – строительными блоками жизни. Культурное производство и регулирующие его законы глубоко укоренились в структуре общества и экономики, включая создание и поддержание колониальной власти и неравное распределение богатства и знаний. Однако стоит ли из-за этого отказываться от закона в сторону такого правового регулятора, как мораль? Или, напротив, закон об интеллектуальной собственности должен противостоять своей собственной роли в распределении уважения, власти и богатства в мире? [2, p. 160] Этот вопрос остаётся открытым.

Список литературы

1. Barlow J.P. Selling wine without bottles: the economy of mind on the global net // Duke law and technology review. – Durham, 2019. – Vol. 18, N 1. – P. 8–31.
2. Chander A., Sunder M. Dancing on the grave of copyright? // Duke law and technology review. – Durham, 2019. – Vol. 18, N 1. – P. 143–161.
3. Litman J. Imaginary bottles // Duke law and technology review. — Durham, 2019. – Vol. 18, N 1. – P. 127–136.

ПРАВО БУДУЩЕГО: ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ, ИННОВАЦИИ, ИНТЕРНЕТ: Ежегодник / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения, МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак-т. Каф. предпринимательского права ; отв. ред. Е.Г. Афанасьева. – Москва : ИНИОН РАН, 2020. – Вып. 3. – 196 с. – (Правоведение). (Реф. кн.).

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности; авторское право; цифровая экономика; инновации; искусственный интеллект; смежные права; патентное право; товарные знаки.

Данный выпуск ежегодника «Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет» – является третьим в серии тематических ежегодников – продолжает традицию совместных проектов Отдела правоведения ИНИОН РАН и кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова. В этом тематическом выпуске рассматриваются проблемы правового регулирования права интеллектуальной собственности в условиях цифровизации; исследуются тенденции развития международного и российского законодательства об авторском праве, о смежных правах и промышленной собственности; раскрываются изменения традиционных и появление новых институтов права интеллектуальной собственности.

Ежегодник разделен на пять разделов. Первый раздел посвящен крайне актуальной теме сегодняшнего дня: интеллектуальной собственности в медицинской и фармацевтической сферах и праву человека на здоровье. В статье «Возможности IP в борьбе с пандемией COVID-19 и международное сотрудничество» (автор А.А. Карцхия), отмечается, что пандемия представляет собой гораздо больше, чем кризис здравоохранения, – она затрагивает общество и экономику в их сердцевине. И без принятия срочных со-

циально-экономических мер глобальные бедствия будут усугубляться, ставя под угрозу жизнь и средства к существованию на долгие годы вперед. Меры реагирования на пандемию, подчеркивает автор, должны соответствовать международным стандартам в области прав человека и использовать максимум имеющихся ресурсов на национальном и международном уровнях. Для обеспечения соблюдения права на жизнь во всем мире необходимы доступность и качество медицинской помощи для всех, кто в ней нуждается.

А.А. Карцхия рассматривает особенности правового регулирования в сфере интеллектуальной собственности в период пандемии и приводит информацию о том, что в мае 2020 г. Всемирная организация по интеллектуальной собственности (ВОИС) запустила новый инструмент (трекер), который отслеживает изменение политики в данной сфере и является информационным хранилищем, которое поможет всем заинтересованным сторонам ориентироваться в изменениях, осуществляемых мировым сообществом интеллектуальной собственности по мере его адаптации к пандемии.

По мнению А.А. Карцхия, необходимо активное многостороннее сотрудничество для преодоления последствий пандемии в целях замедлить распространение вируса и создать вакцину и методы лечения для противодействия этой болезни (с. 26).

В статье «О балансе интересов субъектов фармацевтического рынка» автор А.А. Жуковская анализирует проблемные аспекты взаимоотношений участников фармацевтического рынка с позиции баланса частных и публичных интересов. При этом автор не претендует на всеобъемлющий анализ данной проблематики, очерчивая цель работы – охарактеризовать ключевые проблемы дисбаланса частных и публичных интересов в сфере патентных отношений на фармацевтическом рынке. Приоритет должен быть отдан не частным интересам правообладателя, а общественным интересам, интересам потребителей, считает автор.

Так как ущерб, нанесенный потребителям господствующим на фармацевтическом рынке патентообладателем способен затронуть благополучие неограниченного круга лиц, именно поэтому в силу своего характера ущерб должен предотвращаться не только гражданско-правовыми мерами, но и императивным воздействием, в том числе и с помощью антимонопольного механизма.

Во втором разделе представлены работы, раскрывающие способы стимулирования использования экологически чистых технологий средствами права интеллектуальной собственности. Вопросы привлечения инвестиций в неприбыльные сферы общественной жизни, по мнению Ю.С.Харитоновой, включая охрану природы, сохранение редких видов животных и обеспечение доступа населения планеты к природе, могут быть решены путем токенизации. Инвестиции могут привлекаться под обеспечение в виде уникального объекта – рисунка «криптопанды». Токенизация приведет к соединению объектов интеллектуальной собственности и целей охраны природы, даст, как считает Ю.С. Харитонова, синергетический эффект. Использование блокчейн-технологии позволит привлечь инвесторов и при этом обеспечить максимальную прозрачность и добросовестность отношений в данной сфере (с. 35).

Важная тема исследуется в статье С.И. Коданевой «Интеллектуальная собственность vs зеленая экономика: как разрешить дилемму?» В ней автор отмечает, что глобальные экологические угрозы поставили на повестку дня необходимость перехода к зеленой экономике – устойчивому развитию, основанному на отказе от традиционных технологий и замене их на экологически чистые. Интересна мысль автора о том, что это привело к всплеску патентования в экологическом секторе. При этом владельцами большинства патентов являются транснациональные корпорации развитых стран. Такое положение приводит к тому, что многие исследователи говорят о пагубности существующей системы защиты интеллектуальной собственности. С.И. Коданева рассматривает возможные пути преодоления противоречий между интересами патентообладателей и человечества.

Третий раздел включает материалы, посвященные интеллектуальной собственности и свободе слова и творчества. Затрагиваются такие темы, как цензура и авторские права, товарные знаки и свобода творчества, а также проблемы правового регулирования сферы интернет-мемов. Причем неоднозначную реакцию вызывает преследование за «экстремистские» мемы. По мнению А.М. Галкиной, «не стоит относиться к мемам чересчур критично... они помогают нам пережить трудные жизненные моменты... помогли

многим сохранить позитивный настрой в период вынужденной самоизоляции» (с. 76).

Четвертый раздел представлен исследованиями права интеллектуальной собственности и смежных институтов права. Актуальная тема – защита персональных данных в базах данных и компьютерных программах, автор А.С. Червяков проводит сравнительно-правовой анализ данного института в европейском и американском законодательстве. Рассматриваются вопросы правовой защиты использования человеческого голоса и речи в языковых технологиях: перспективы европейского и российского права интеллектуальной собственности. Семья и творчество: проблемные вопросы интеллектуальных прав в составе имущества супругов являются на сегодняшний день крайне злободневной темой. Проблеме трансграничной реализации принципа территориальности в праве интеллектуальной собственности в эпоху Интернета посвящена статья Д.В. Красикова. Реализация принципа территориальности, лежащего в основе традиционной концепции права интеллектуальной собственности, сопряжена в современном праве с большим количеством проблем.

В заключительном, пятом разделе рассматриваются вопросы интеллектуальной собственности в экономической и культурной сферах. Авторы этой части ежегодника исследуют как общие, так и узконаучные и практические проблемы использования права интеллектуальной собственности в указанных областях.

Н.В. Крысанова

БАНКЕР М. РЕАЛЬНОСТЬ КУСАЕТСЯ: ПРЕДЕЛЫ ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ТЕЛЕВИЗИОННЫМ РЕАЛИТИ-ШОУ. (Реф. ст.)

BUNKER M. Reality bites: The limits of intellectual property protection for reality television shows // UCLA Entertainment law review. – 2019. – Vol. 26, N 1. – P. 1–17. – URL: <https://escholarship.org/uc/item/3hn5m3vr> (дата обращения 10.01.2021). (Article summary).

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; защита интеллектуальной собственности; телевизионный бизнес; реалити-телевидение; право на сценарий; правообладатель; доктрина scenes a faire.

Автор – Мэтью Банкер, юрист (J.D.), профессор Алабамского университета, в прошлом адвокат и редактор Kansas Law Review, в своей статье кратко рассматривает историю жанра «реалити-шоу» в Соединенных Штатах, описывает доктрины авторского права, лежащие в основе большинства реальных судебных разбирательств по авторским правам, и исследует как случаи, в которых ответчики неизбежно побеждали, так и те, которые ставят под сомнение заявленную невозможность авторского права на реальные телевизионные форматы.

Реалити-телевидение представляет собой невероятно успешный развлекательный жанр. Поскольку рейтинги имеют чрезвычайно большое значение для телевизионного бизнеса, неудивительно, что существует соблазн присвоить успешные проекты конкурентов, с тем чтобы повторить их успех.

Те продюсеры и медиаменеджеры, которые стремились защитить свои программы от имитирования, на протяжении долгого

времени сталкивались со значительными трудностями в судебных процессах о нарушении своих интеллектуальных прав.

Например, в одном из ранних споров относительно формата произведения – *Richards vs Columbia Broadcasting System* – истец утверждал, что право на его сценарий телевикторины о кино под названием «Назови звезду» («Name the Star») было нарушено аналогичным шоу канала CBS под названием «Банк звезд» («Bank of the Stars»). Федеральный окружной суд пришел к выводу, что оба шоу содержали ряд схожих элементов, включая «введение, описание конкурса, разговорное интервью с каждым участником, вопросы, связанные с кинофильмами, финальный вопрос-“джекпот” и заключение». Несмотря на эти сходства, суд вынес решение в пользу CBS, заявив, что «суду представляется очевидным, что эти две программы являются различными выражениями через средство массовой информации общей идеи “викторины о кино”» (цит. по: р. 4). Как показывает вышеописанный случай, дела о нарушении прав в сфере интеллектуальной собственности применительно к формату в значительной мере связаны с одной из двух ключевых доктрин права интеллектуальной собственности (или с двумя этими доктринами сразу). Во-первых, речь идет о дихотомии идеи и ее выражения, которая ясно указывает на то, что правовая охрана распространяется только на конкретное выражение идей истца, а не на сами идеи, которые являются неохранными. Это нашло выражение и в Законе об авторском праве США 1976 г. (Copyright Act), в котором предусмотрено, что правовая охрана не предоставляется «идее, процедуре, процессу, системе, способу действия, концепции, принципу или открытию». Однако с правовой точки зрения граница между идеей и ее выражением всегда была размытой. Произведения некоторых истцов в жанре реалити-шоу, находящиеся на стадии разработки, могут быть сочтены судом не более чем идеями, и на этом основании иски об их защите могут быть отклонены. Это связано с тем, что у истцов зачастую имеется только краткий синопсис (treatment), который содержит всего несколько страниц описания концепции будущей программы. Такой синопсис редко может претендовать на то, чтобы быть признанным судом полноценным выражением произведения в объективной форме. Безусловно, вероятность того, что полноценные готовые

программы будут содержать охраняемые выражения произведений, более велика.

Другое важное правовое препятствие для истцов в сфере реалити-телевидения представляет собой доктрина так называемых *scenes a faire*, т.е. шаблонных сцен, которые естественным образом появляются в произведении каждого конкретного жанра. К *scenes a faire* относятся шаблонные элементы сюжета, персонажи и другие литературные приемы, которые настолько стандартны, что практически обязательны для определённой темы и обстановки. Доктрина *scenes a faire* рассматривает их как разновидность не охраняемых идей (р. 6).

Несмотря на значительные препятствия, которыми являются дихотомия идея / ее выражение и доктрина *scenes a faire*, добиться правовой охраны всё же возможно комбинируя различные не охраняемые элементы и шаблонные сцены. Для этого необходимо, чтобы сама подборка или организация таких элементов была оригинальной. Согласно основополагающему решению Верховного суда США по делу *Feist Publications vs Rural Telephone Service*, даже те элементы, которые сами по себе не являются объектами охраны авторского права, могут получить правовую охрану в случае, когда они особым образом подобраны и организованы автором подборки. Суд, в частности, указал, что элементам произведения, находящимся в общественном достоянии (конкретно в деле *Feist* – компиляции фактов), предоставляется правовая охрана в той мере, в какой они «отобраны, скоординированы или организованы таким образом, что итоговое произведение в целом представляет собой оригинальное авторское произведение» (цит. по: р. 6). При этом подход к оригинальности отбора или организации в данном случае не очень строг – они просто не должны быть «насколько механическими или рутинными, чтобы не требовать какого-либо творчества вообще» (цит. по: р. 6).

С момента принятия решения по делу *Feist Publications* логика этого решения была распространена некоторыми судами на другие объекты, находящиеся в общественном достоянии, в том числе и идеи. Например, в деле *Metcalf vs Bochco*. Авторы Джером и Лори Меткалф предложили продюсеру Стивену Бочко несколько вариантов сценария телефильма, в котором рассказывалась история окружного госпиталя, расположенного в центре Лос-

Анджелеса, и о судьбах его персонала, состоящего преимущественно из чернокожих. Прочитав синопсисы, Бочко отказался участвовать в производстве фильма, но позднее создал телесериал «Город Ангелов» («City of Angels») о госпитале с чернокожим персоналом в центре Лос-Анджелеса. Сериал, по мнению Меткалфов, нарушил их авторские права. Применяв так называемый «внешний тест» (extrinsic test), который направлен на выявление неопровержимого сходства сюжетов, тем, диалогов, обстановки, последовательности событий и т.д., рассматривавший дело Апелляционный суд девятого округа счел сходство между двумя произведениями поразительным. При этом суд отметил, что сами по себе сходные элементы двух работ в большинстве представляют собой или идеи, или scenes a faire и сами не являются объектами правовой охраны, однако их сочетание оказалось достаточным, чтобы отвечать критериям внешнего теста. В своем решении суд отметил, что «определенная последовательность, в которой автор сочетает значительное число неохранных объектов сама может представлять собой охраняемый объект» (цит. по: р. 7). Дополнительным фактором, повлиявшим на решение суда по данному делу, было то, что ответчик имел доступ к произведению истца, что понизило барьер для прохождения внешнего теста, примененного судом. По мнению суда, исходя из представленных фактов, легко можно сделать вывод, что сходство между сюжетом истца и произведением ответчика явилось результатом не совпадения, а копирования. Хотя решение по делу Меткалф против Бочко касалось сюжетного телесериала, а не реалити-шоу, тем не менее оно очевидным образом повлияло и на судебную практику по делам о нарушении авторских прав в сфере реалити-телевидения.

Что касается судебных разбирательств в отношении авторских прав на реалити-шоу, то здесь суды практически всегда оказывались на стороне ответчиков, мотивируя свои решения тем, что те элементы произведений, на копирование которых ссылались истцы, относятся по большей части или к категории идей, или scenes a faire. Примером может служить дело 2003 г. CBS Broadcasting vs ABC, предметом которого стал иск телекомпании CBS, по мнению которой ее авторские права на популярное реалити-шоу «Выживший» (Survivor) были нарушены компанией ABC, которая создала аналогичное шоу под названием «Я звезда, выга-

щите меня отсюда!» («I'm a Celebrity, Get Me Out of Here»). CBS требовала применения предварительного судебного запрета на трансляцию программы «Я звезда...». Оба реалити-шоу включали высадку группы участников (простых людей в «Выжившем» и знаменитостей в «Я звезда...») на берег в местности с неблагоприятными условиями, где они должны были выполнять различные задания. Суд пришел к выводу об отсутствии нарушения авторского права программой «Я звезда...», основывая свое решение в значительной мере на дихотомии идеи / выражения и доктрине *scenes a faire*. Признавая, что неохранные элементы могут быть скомбинированы таким образом, чтобы составить охраняемое произведение, суд тем не менее не нашел в двух указанных произведениях точного сходства в отборе или организации таких элементов. Кроме того, суд отметил существенные различия двух программ, например манеру ведущих, поведение участников, музыку и другие элементы. Все это привело суд к выводу, что программа CBS не демонстрирует существенного сходства с программой истца (р. 9).

Несмотря на то что изначально иски относительно форматов реалити-шоу были фактически безнадежны для истцов, некоторые недавние судебные решения указывают на то, что определенные шансы у истцов все же появляются. Один из примеров подобного решения по формату реалити-шоу, вынесенного в пользу истца, является дело *Dillon vs NBC Universal Media*, рассмотренное федеральным судом Калифорнии в 2013 г. Истец, бывший сотрудник полиции Ричард Диллон, написал синопсис реалити-шоу «Знаменитые котики» (*Celebrity Seals*), в котором знаменитости должны были соревноваться друг с другом в различных состязаниях, имитирующих тренировки знаменитого спецназа США «Морские котики». Диллон предложил свою идею продюсеру Дэвиду Харвицу, который высоко оценил синопсис, но отказался от участия в его дальнейшей разработке. Однако позднее Харвиц вместе с другими продюсерами представил свое реалити-шоу под названием «Звезды зарабатывают лычки» (*Stars Earn Stripes*) со схожей концепцией. Диллон считал свои права нарушенными, и обратился в суд с иском. Суд, применив внешний тест Апелляционного суда девятого округа, прямо заявил, что оставил без внимания шаблонные элементы двух шоу, такие как роль ведущего, знаменитые участники, состязания участников, процесс их исключения и т.п. Одна-

ко даже без учета этих элементов, относящихся к категории *scenes a faire*, суд счел охраняемыми идентичные элементы в тематике и духе двух произведений – оба шоу были посвящены военной тематике и службе в армии. Значительное сходство обнаружилось и в фабулах двух шоу – включая задания, которые должны были выполнять участники – снайперские уроки, техники атаки, соревнования с тяжелым оружием и т.п. Хотя всё это теоретически могло бы быть отнесено к категории *scenes a faire* в контексте военного шоу, суд в данном случае счел эти элементы охраняемыми. Кроме того, суд отметил невероятное сходство списка знаменитостей, которых предлагалось пригласить к участию в проекте Диллона с перечнем звезд, которые в действительности приняли участие в шоу Харвитца. Принимая во внимание все вышеприведенные сходства двух шоу, а также высокую степень доступа ответчика к синопсису, на которую указывал истец, суд принял решение отклонить ходатайство ответчика об отклонении иска (р. 12).

Хотя дела, подобные *Dillon vs NBC Universal Media*, дают некоторую надежду на правовую охрану для авторов форматов телевизионных реалити-шоу, в целом ситуация с защитой авторских прав остается для них преимущественно негативной. В еще большей степени это относится к делам, где истцы пытались защитить свои права на реалити-шоу посредством исков о нарушении прав на товарные знаки и торговое оформление (*trade dress*). Немногочисленные иски подобного рода судами не удовлетворялись по причине как необоснованности доводов истцов о необходимости применения Закона Лэнхема (о товарных знаках) применительно к их произведениям, так и прецедента, установленного решением по делу *Dastar vs Twentieth Century Fox Film*, в соответствии с которым правообладатель не может использовать доктрину товарных знаков для защиты содержания произведения (р. 16).

Г.Д. Власов

ЧЖУ ДАНЬНИН. КАК УЛУЧШИТЬ КИТАЙСКИЙ ПОДХОД К ПАРАЛЛЕЛЬНОМУ ИМПОРТУ ТОВАРОВ, СНАБЖЕННЫХ ТОВАРНЫМИ ЗНАКАМИ. (Реф. ст.).

DANNING ZHU. How to improve China's approach to parallel imports of goods bearing trademarks // 19 Review of intellectual property law. – 2020. – Vol. 19, N 2. – P. 123–144. (Article summary).

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности; аутентичные товары; правообладатель; товарные знаки; китайское законодательство; законодательство США; параллельный импорт товаров.

Адвокат китайской юридической фирмы HUI YE, магистр международного интеллектуального права Чжу Данынн сравнивает законодательные аспекты подходов США и КНР к вопросу параллельного импорта товаров, анализирует сложившуюся правоприменительную практику и предлагает способ совершенствования китайского законодательства о товарных знаках применительно к вопросу параллельного импорта.

Параллельный импорт, также именуемый серым рынком товаров, представляет собой ввоз на рынок страны «аутентичных товаров, предназначенных к продаже на иностранном рынке, но по какой-либо причине выведенных с него или импортированных без разрешения правообладателя интеллектуальных прав в отношении данного товара, в страну, где такой правообладатель имеет действующие интеллектуальные права [в отношении данного товара]» (цит. по: р. 127). Основной причиной возникновения параллельного импорта является стремление дистрибьюторов выиграть на разнице цен товаров на различных рынках.

Проблема параллельного импорта тесно связана с доктриной исчерпания прав. «Могут ли товары импортироваться параллельно,

зависит от того, были ли исчерпаны связанные с ними интеллектуальные права посредством предыдущих продаж [таких товаров]» (цит. по: р. 128). Согласно доктрине исчерпания прав, после того как некто правомерно приобретает товар, правообладатель интеллектуальных прав, связанных с данным товаром, утрачивает право каким-либо образом влиять на дальнейшие продажи этого товара. Выделяют три типа исчерпания прав: национальный, региональный и международный. При национальном типе исчерпания права правообладателя контролировать распространение того или иного экземпляра товара исчерпываются только в отношении территории той страны, в которой такой экземпляр был продан. Международное исчерпание подразумевает, что право исчерпывается после первой правомерной продажи товара в любой стране мира. Наконец, при региональном исчерпании первая продажа должна иметь место внутри определенного региона, такого, например, как Европейский союз.

В существующих международных договорах по данному вопросу не содержится как прямых разрешений параллельного импорта, так и запретов на него. Параллельный импорт и исчерпание прав упомянуты в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (TRIPS, ТРИПС) и в Декларации о TRIPS и общественном здравоохранении, принятой в Дохе. Так, п. 5(d) декларации Дохи устанавливает, что «положения соглашения TRIPS в отношении исчерпания интеллектуальных прав оставляют выбор режима такого исчерпания на усмотрение стран-членов соглашения без права оспаривания их выбора [without challenge] в соответствии с положениями статей 3 и 4 о режиме наибольшего благоприятствования и национальном режиме» (цит. по: р. 129). Таким образом, страны – члены ВТО имеют право самостоятельно определять режим исчерпания прав, и такой выбор не может быть предметом спора в ВТО.

Законодательство США о товарных знаках считает параллельным импортом «ввоз подлинных товаров, несущих товарные знаки, узаконенные иностранным государством, которые идентичны товарным знакам, зарегистрированным в США, произведенных за границей и ввезенных на территорию США без согласия американского правообладателя» (цит. по: р. 130). Статья 42 Закона Лэнхема [о товарных знаках] (Lanham Act, 1946 г.) запрещает ввоз

в США товаров, несущих товарные знаки, идентичные товарным знакам, действующим в США, но фактически отличающиеся от них (*physically different*), независимо от подлинности таких товарных знаков за границей или аффилированности между компаниями-производителями (р. 130)¹.

Кроме того, параллельный импорт ограничивается также ст. 526 Закона Смута-Хоули о тарифе (*The Smoot-Hawley Tariff Act, 1930*), которая позволяет национальному (*domestic*) правообладателю товарного знака препятствовать несанкционированному импорту товаров, несущих такой товарный знак (р. 130). Однако данный запрет не распространяется на те товары, которые произведены за границей американским правообладателем товарного знака или лицом, имеющим общего собственника с американским правообладателем товарного знака (*common ownership*) или находящимся под единым контролем с таким американским правообладателем (*common control*).

Ограничения на параллельный импорт предусмотрены также ст. 133.23 Свода федеральных нормативных актов США, в которой установлен перечень товаров, несущих подлинные товарные знаки, которые не должны импортироваться в США. Ограничения касаются товаров: 1) произведенных или принадлежащих независимо от американского правообладателя лицензиату; 2) принадлежащих правообладателю-иностранному лицу, не связанному с американским правообладателем или его аффилированными лицами или иными лицами, связанными с ним посредством общего собственника или единого контроля, у которого [иностранного лица] американский правообладатель приобрел отечественный

¹ Представляется, что автор статьи достаточно вольно трактует положения соответствующей статьи Закона Лэнхема, в которой в действительности идет речь о запрете импорта товаров, товарные знаки которых копируют или имитируют товарные знаки зарегистрированных в США компаний, или заставляют потребителя ошибочно полагать, что товар произведен в США, или в иностранном государстве или местности, отличных от государства или местности, где он в действительности был произведен. Иными словами, в ст. 42 Закона Лэнхема говорится о товарах, вводящих потребителя в заблуждение относительно их производителя или места происхождения, а не об импорте товаров одного и того же производителя без получения его согласия как правообладателя права на товарный знак, т.е. не о параллельном импорте как таковом. – *Прим. реф.*

(domestic) товар или которому американский правообладатель продал иностранный товар; 3) принадлежащих американскому правообладателю или его аффилированным лицам или иным лицам, связанным с ним посредством общего собственника или единого контроля, конструктивно отличающихся или значительно отличающихся (physically and materially different) от товаров, разрешенных к ввозу или продаже на территории США американским правообладателем (так называемое «правило рычага», lever-rule). Товары, подпадающие под «правило рычага», могут, однако, ввозиться в США, при условии, что на них будет иметься заметный и хорошо читаемый ярлык, на котором будет указано, что «данный товар не авторизован американским правообладателем и имеет конструктивные отличия от авторизованного товара» (р. 131).

КНР в вопросе параллельного импорта исходит из доктрины международного исчерпания права на товарный знак. Это подтверждается и судебной практикой. Так, в решении по делу *Victoria's Secret Stores Brand Management, Inc. vs Shanghai Jintian Clothing Limited Company*, касавшемуся нарушения прав на товарный знак и недобросовестной конкуренции, Верховный суд КНР указал, что «иностранному правообладателю зарегистрировал товарный знак в Китае, но разрешил третьей стороне распространять товары, несущие его товарный знак (такое разрешение было дано за пределами Китая). Китайский дистрибьютор импортировал приобретенные у этой третьей стороны подлинные товары, несущие товарный знак, и затем перепродал эти товары в Китае. В соответствии с принципом исчерпания права на товарный знак, такой импорт и перепродажа подлинных товаров не будут являться причиной путаницы или непонимания у потребителей относительно происхождения товаров и не явятся нарушением права на товарный знак» (цит. по: р. 132).

Аналогичный подход был применен Пекинским муниципальным высоким народным судом в деле *Atlantic C Trading Consulting Co., Ltd. vs Beijing Sihai Zhixiang International Trade Co., Ltd.*, касавшегося права на товарный знак пива Köstritzer, импортировавшегося в Китай без согласия правообладателя товарного знака, что, по мнению истца, являлось нарушением права на товарный знак. В своем решении суд, в частности, сослался на то,

что «поскольку Закон КНР о товарных знаках и другие законы прямо не запрещают параллельный импорт, ввоз компанией Sihai Zhixiang (ответчиком) правомерно приобретенного на европейском рынке пива Köstritzer для продажи в Китай не нарушает Закон КНР о товарных знаках и положения других законов» (цит. по: р. 132).

Таким образом, из судебной практики следует, что, по мнению судов, если бы параллельный импорт в Китае был запрещен посредством применения правила национального исчерпания права на товарный знак, это должно было бы быть прямо выражено в соответствующем законе, в противном случае должно автоматически применяться правило международного исчерпания.

Однако не все судебные разбирательства, касающиеся параллельного импорта в Китае, оказываются успешными для ответчиков. Так, суд не поддержал сторону защиты в делах *Lihua vs Business Trading Co.* и *Michelin Group vs Tan Guoqiang* и *Ou Can*. В решениях по этим делам были сформулированы два основных требования к товарам, ввозимым посредством параллельного импорта, а именно: такие товары должны быть правомерно приобретены за пределами Китая, а также должны соответствовать китайским регламентам и требованиям по качеству. Второе требование применительно к товарным знакам определяется тем, что товары ненадлежащего качества подрывают функцию товарного знака как гарантии качества товаров, на которые он нанесен, и, таким образом, наносят вред репутации правообладателя.

Существуют две основные проблемы, связанные с подходом Китая к проблеме параллельного импорта. Во-первых, в отличие от США, где вопросы, связанные с параллельным импортом, разрешаются как в законодательных актах, так и в судебных прецедентах, подход КНР к данному вопросу характеризуется недостаточностью правового регулирования. Существующие ограничения параллельного импорта выводятся из судебных решений, но поскольку Китай не относится к странам системы общего права, судебная практика не является в Китае источником права (за исключением решений Верховного суда КНР по так называемым «направляющим делам» (*guiding cases*)), но на данный момент таких дел по вопросам параллельного импорта не существует.

Другая проблема связана с тем, что в своих решениях китайские суды не затрагивали такой важный вопрос, как вероятность смешения и существенные различия товаров одного правообладателя, ввезенных им для продажи на отечественном рынке и ввезенных посредством параллельного импорта. Между тем товары одного производителя, предназначенные для разных рынков, могут существенно отличаться по своим потребительским качествам, условиям постпродажного обслуживания и т.д. Поскольку одной из основных функций товарного знака является гарантия качества обозначенного им товара, такие различия могут приводить к вероятности смешения для потребителя, который может не подозревать о наличии таких различий или не придавать им значения, покупая товар, обозначенный тем же товарным знаком, но ввезенный посредством параллельного импорта.

В целях совершенствования китайского подхода к вопросу параллельного импорта, автор статьи предлагает дополнить главу 7 Закона КНР «О товарных знаках» положениями о требованиях, которым должны отвечать товары, ввозимые посредством параллельного импорта. Суть этих положений сводится к тому, что такие товары должны быть правомерно приобретены за пределами Китая; качество этих товаров должно соответствовать китайским законам, стандартам и регламентам; в случае если имеется существенная разница между товаром, продаваемым в Китае с санкции правообладателя, и товаром, ввезенным посредством параллельного импорта, потребитель должен быть уведомлен о ней перед покупкой путем размещения на упаковке товара ясно читаемого ярлыка или иным разумным способом.

Г.Д. Власов

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341

DOI: 10.31249/rgpravo/2021.04.13

ЗАХАРОВ Т.В.¹ ТРАНСФОРМАЦИИ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ЮРИСДИКЦИИ ГОСУДАРСТВ: КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ГЛОБАЛЬНОЙ ЦИФРОВОЙ ЭКОСИСТЕМЫ. (Обзор).

Аннотация. В обзоре представлены дискуссионные позиции ученых на международное регулирование процесса создания глобальной информационной системы. Описываются процессы укрепления суверенитета и расширения юрисдикции государств в отношении информационного пространства и его инфраструктур.

Ключевые слова: международное конституционное право; конституционализация; глобализация; компенсаторный конституционализм; цифровой конституционализм.

ZAKHAROV T.V. Transformations of the territorial jurisdiction of states: Constitutionalization of the global digital ecosystem. (Re- view).

Abstract. The review presents the debatable positions of scientists on the international regulation of the process of creating a global information system. The processes of strengthening the sovereignty and expanding the jurisdiction of States in relation to the information space and its infrastructures are described.

Keywords: international constitutional law; constitutionalisation; globalization; compensatory constitutionalism; digital constitutionalism.

Противодействие негативным эффектам цифровой революции в современных условиях принимает форму нормативного от-

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

вета на нарушения фундаментальных прав публичных и частных субъектов, нарушения баланса интересов властных и слабых субъектов в условиях мутирующего цифрового информационного пространства – «цифровой экосистемы». Профессор права, технологии и инноваций Дублинского городского университета Э. Целесте (Ирландия) оценивает регулирование информационного пространства, как фрагментированное, многоплановое и полицентричное [1, р. 1–2]. Развитие цифровых технологий создает проблемы, выходящие за пределы территорий отдельных государств. Оборот цифровых данных привел к формированию устойчивых технологических процессов, одновременно подпадающих под конкурирующие юрисдикции многих вовлеченных государств, правовые нормы которых часто вступают в противоречие друг с другом. Кроме того, такие «территории данных» создают конфигурации взаимосвязей за пределами государствоцентричной структуры международного права. Внутригосударственный и трансграничный оборот информации осуществляется за рамками традиционного для западной либеральной правовой доктрины деления на публичное и частное взаимодействие, отмечает исследователь Гарвардской школы управления им. Д. Кеннеди (США) Р. Ватанпараст [3, р. 6, 32]. Требуются новые формы кооперации государств с множеством транснациональных акторов, включая наднациональные организации и транснациональные частные компании [1, р. 14].

Расширение транснационального взаимодействия поднимает ряд конституционных проблем, которые конституционное право национального государства не в состоянии решить самостоятельно. Очевидна необходимость создания конституционного механизма за пределами отдельного государства [1, р. 11, 14].

Универсальной конституционной модели цифровой экосистемы не существует, считает Э. Целесте. Ни один действующий конституционный режим не способен самостоятельно реализовать требуемый уровень власти. Ограниченность государствоцентричной модели конституционализма нуждается в переосмыслении допустимости его концептуального применения. Ключевые принципы современного конституционализма не могут просто трансплантироваться на транснациональный уровень. Они требуют идентифи-

кации в контексте глобальной цифровой экосистемы [1, р. 1, 14, 16].

Процесс конституционализации глобальной цифровой экосистемы является композитным. Он выходит за рамки взаимодействия государств и международных организаций, вовлекая также негосударственных субъектов, таких как могущественные транснациональные корпорации, производящие и управляющие цифровыми продуктами и сервисами [1, р. 14; 3, р. 33]. Конституционные контуры появляются и в правовых и в неправовых источниках посредством институционализированных процессов и в спонтанной практике неорганизованных социальных групп [1, р. 3, 14].

В науке отмечается принципиальная важность в данном контексте национальных конституций (П. Берман (P. Bergman)) и частного права, как средства перенесения конституционных ценностей в нормы и правила, обязывающие частных лиц (Б. Фицджеральд (B. Fitzgerald), Н. Сузос (N. Suzos)). Отмечаются способности неформальных (цифровых) сообществ самоорганизовывать (самоконституционализировать) себя (В. Каравас (V. Karavas)), а также потенциальное влияние Билля о правах в Интернете на конституционализацию международного права (Д. Редекер (D. Redeker), Л. Гилл (L. Gill), У. Гассер (U. Gasser)) [1, р. 15].

Каждый конституционный инструмент является «фрагментом» формирующейся общей конституционной модели глобальной цифровой экосистемы. По мнению Э. Целесте, «мы наблюдаем сценарий конституционного плюрализма» [1, р. 3].

Подобная фрагментация становится новой техникой конституционного противодействия вызовам глобальной цифровой экосистемы. Различные уровни комплексной картины глобальной конституционализации дополняют друг друга [1, р. 14].

Процесс конституционализации глобальной цифровой экосистемы является двусторонним и встречным. Принципы и нормы принимаются государствами и имплементируются ими в национальные правовые системы. В то же время, формирование нормы начинается с установления, в том числе и опосредованно – через национальные правотворческие процессы, интересов всех социальных групп. Юридификация социальных норм является результатом, отражением общественного давления. В связи с этим особое значение Э. Целесте видит в экспертных сообществах не только в

технологической или экономической, но и в правовой сфере [1, р. 16].

Растущая де-территориальность лиц, товаров, угроз, вреда и источников благосостояния приводит к обоснованным сомнениям насколько цифровая реальность остается по природе территориальной [3, р. 11]. Существует глубокая неопределенность в возможности оценки киберпространства как еще одной формы физического пространства наравне с сушей или морем, над которым государства могут установить собственный суверенитет, отмечает исследователь Университета Гренобль-Альпы (Франция) Т. Мулен [2, р. 428].

Цифровые данные неосязаемы, делимы, мобильны и взаимозависимы. Часто они фрагментируются, копируются, их части и (технические) компоненты хранятся в различных местах. Они находятся в перманентном процессе (алгоритмизированного) дробления и воссоединения, перманентном движении между локациями сложной «трансграничной» инфраструктуры их введения, хранения и обработки, представляющей собой трансграничную систему. Перемещение цифровых данных зачастую необходимо подпадает под юрисдикцию нескольких государств, так как их отдельные части и компоненты находятся в разных юрисдикциях, а доступ к ним может быть одновременно осуществлен с территории множества государств [3, р. 14].

Р. Ватанпараст полагает, что произошел сдвиг от традиционной территориальной модели юрисдикции в сторону экстратерриториальности. В то же время государства предпринимают попытки установить территориальность цифровых данных. Хотя и не имеет смысла думать о цифровых данных, как о чём-то способном находиться на идентифицируемой территории, однако сбор, перемещение, хранение и обработка данных зависят от материальной инфраструктуры Интернета (компьютеры, серверы, подводные кабели, компьютерные коды и программное обеспечение) [3, р. 15, 37].

Политику и правовое регулирование трансграничной передачи цифровых данных государства пытаются осуществлять с учетом территориальной юрисдикции и своего суверенитета. При этом наблюдается двойственная логика: сущность перемещения цифровых данных побуждает переосмысливать значение территориального деления современного мира, с одной стороны, но, в то

же время, пересмотреть и само значение территориальности, локализации потребителей цифровых технологий, лиц, аккумулирующих цифровые данные, и инфраструктуры передачи и хранения данных [3, р. 4, 5].

Попытки отделить концепцию суверенитета от ее привязки к разделению мира географическими границами государств не новы, хотя основная часть современной дискуссии ведется в контексте глобализации современного мира [3, р. 9].

Существует несколько возможных ответов на вопрос, как локализовать цифровые данные в правовых целях. Где они хранятся? Откуда к ним может быть осуществлен доступ? Где находится оператор данных и серверы их хранения или обработки? Где находится генерирующий данные субъект? Определение юрисдикции локализации данных, таким образом, может быть произвольным [3, р. 14, 16].

Каждая юрисдикция устанавливает собственные правила привязки данных к собственной территории, распространяя законы о передаче данных к цифровой инфраструктуре, генерирующим данные субъектам, операторам данных. Иными словами, каждая юрисдикция *de facto* имеет экстратерриториальное измерение [3, р. 16].

Так, особенности локализации данных в Китае определяются озабоченностью проблемами национальной безопасности. Если зарубежные компании хотят собирать данные китайских граждан или вовлечены в перемещение данных через китайские границы, они обязаны создавать центры хранения и обработки данных на территории Китая (*data localization approach*). Такие западные технологические гиганты, как Microsoft, IBM, Apple и Amazon, обязаны работать с китайскими операторами данных, так как иностранные компании не могут быть лицензированы на данный вид деятельности [3, р. 17, 20, 28].

Общий регламент по защите данных Европейского союза (General Data Protection Regulation, GDPR) применяется к учрежденным на территории ЕС операторам данных и процессорам, независимо от территории, с которой осуществляется обработка данных. Евросоюз требует учреждения зарубежными операторами данных собственных представительств на его территории, обосновывая такой подход необходимостью защиты фундаментальных

прав субъектов данных, локализуемых на территории ЕС (*fundamental rights approach*) [3, p. 21, 28].

Китайский подход видится наиболее ярким примером попытки переосмыслить концепцию территориальности посредством требования хранения данных на серверах и в центрах хранения и обработки данных, расположенных на его территории, реализуя, таким образом, «суверенитет данных» («*data sovereignty*») или «цифровой суверенитет» («*cyber sovereignty*») [3, p. 29].

Однако даже если данные хранятся в пределах определенной территории, это не означает, что государство имеет к ним доступ или возможность их контроля, так как первичный контроль значительной части информации осуществляется частными компаниями. Цифровой суверенитет не всегда может быть выведен из суверенитета территориального. Ситуация крайне осложняется, когда государство зависит от частных компаний, учрежденных и находящихся на территории другого государства и, таким образом, подпадающих под иную суверенную территориальную юрисдикцию [3, p. 33].

Узкий подход к территориальности может привести к недооценке роли корпораций, разработчиков кодов, рынков данных и т.д. Частные технологические компании остаются относительно свободными в выборе юрисдикций локализации собственной инфраструктуры [3, p. 37].

Одним из способов, с помощью которых доктрина международного права пытается разрешить данные сложности, является применение «доктрины эффекта» («*effects doctrine*»). Ее суть заключается в том, что государство может экстерриториально распространить свою юрисдикцию на лиц, находящихся за рубежом и совершивших там противоправные акты, если они причинили существенный (экономический) вред данному государству. Однако излишне широкая интерпретация доктрины эффекта создает риски «чрезмерной» юрисдикции, когда несколько государств будут претендовать на регулирование одного и того же акта, создавая позитивный конфликт юрисдикций [3, p. 13–14].

В отличие от принципов суверенитета государства и неприкосновенности силы или угрозы силы в международных отношениях, применимость принципа невмешательства во внутренние и внешние дела в киберпространстве признается и западными, и восточ-

ными государствами. Согласно принятому в 1986 г. решению Международного суда ООН по делу «Никарагуа против США» (*Nicaragua case*) нарушением принципа признается: во-первых, вмешательство в дела государства, решения по которым оно принимает самостоятельно согласно принципу суверенитета (*concept of domain reserve*). Во-вторых, вмешательство должно выражаться в принуждении государства к выбору диктуемого ему решения или действия (*concept of coercion*). Таким образом, принцип невмешательства позволяет охватывать равно нарушения и территориальной, и политической целостности. Этот принцип в меньшей степени затрагивает территориальные отношения [2, р. 423, 425–427, 429].

Вместе с тем конструкция принципа невмешательства, по мнению Т. Мулен, должна быть пересмотрена таким образом, чтобы адаптировать ее к международным отношениям, фактически складывающимся в киберпространстве и в отношении его инфраструктуры.

Необходимо понимание того, что должно быть отнесено к делам, входящим во внутреннюю или внешнюю компетенцию государства в киберпространстве. Критика концепции *domaine reserve* в целом сводится к тому, что растущая взаимозависимость современного мира в значительной степени размывает понимание того, что относится к исключительной внутренней компетенции государства. Более того, развитие цифровых технологий привело к появлению целых областей, требующих национального, в том числе конституционного и международного правового регулирования, которое до настоящего момента по большому счету отсутствует и остается неопределенным. Концепция не приспособлена к влиянию негосударственных субъектов на реализацию фундаментальных прав и свобод. Т. Мулен считает, что традиционная концепция *domaine reserve* не способна противостоять кибероперациям, направленным исключительно против частных субъектов, даже если они являются ключевыми фигурами в социальных или культурных (внутригосударственных) отношениях. Как следствие, основываясь на современном содержании концепции *domaine reserve*, принцип невмешательства не может в полной мере защитить свободный выбор государств, стабильность из политических,

экономических, социальных или культурных систем от иностранных нападков [2, р. 433].

Т. Мулен предлагает новую концепцию, называемую *domaine privilege* (дела, на которые распространяется преимущественное право государства). В отличие от концепции *domaine reserve*, критерием которой является предмет правовых отношений – дела, относящиеся к компетенции, концепция *domaine privilege* ориентирована на норму права. *Domaine privilege* – это строго определенный перечень преимущественных прав государства, защищающих основополагающие интересы государства и его населения, слабо подверженных влиянию развития международного права. Ранние истоки такого подхода можно найти в работах Т. Гоббса, К. Вольфа, Э. Ваттеля [2, р. 433–436, 437–438].

Основополагающие интересы государства, защищаемые *domaine privilege*, с точки зрения Т. Мулен, должны включать не только те, которые необходимы для выживания государства и его населения, но и необходимые для его независимости, автономии и стабильности. Автор указывает на пять групп существенных интересов государства: 1) политическая организация государства; 2) внутренняя и внешняя безопасность; 3) экономическая стабильность; 4) сфера публичных услуг, включая здравоохранение и социальное обслуживание; 5) экология [2, р. 433, 437–438].

Для распространения принципа на новые опасные формы вторжения в дела государств в киберпространстве, необходимо понимание того, какие акты вмешательства в киберпространстве должны рассматриваться, как совершенные принудительными методами. Т. Мулен считает, что даже если вмешательство во внутренние или внешние дела государства не связано с принуждением, оно иным образом может нарушать принцип невмешательства [2, р. 425].

Большинство специалистов приходит к заключению, что кибероперации по противоправному приобретению и последующему публичному раскрытию компьютерных данных (*hack-and-lead*) не связаны с принуждением, а соответственно, не могут получить правовую оценку как вмешательство во внутренние дела государства. Представляется, что традиционный тест не пройдут большинство киберопераций. Такие действия, как кибервандализм, акты возмездия, акты, целью которых является нарушение

функционирования общественных институтов без цели понуждения, также не могут составлять вмешательство во внутренние дела государства согласно традиционной конструкции. Тем не менее, как показывает практика, названные кибероперации могут нанести существенный вред государству, в том числе его социально-политической системе [2, p. 423–426, 441, 445].

Т. Мулен выводит признак, обобщающий большинство не связанных с принуждением, но опасных для государства киберопераций. Они имеют целью подорвать порядок, лишить государства, их институты и граждан возможности контроля общественных, политических, экономических и т.п. отношений, оставить их беззащитными. В контексте киберпространства, принуждение может быть концептуализировано, как депривация контроля: 1) вызванная умышленными действиями государства, с применением средств программного обеспечения; 2) независимо от способности государства, в дела которого осуществлено вмешательство, предотвратить вмешательство, считает он [2, p. 441, 445].

В то же время Т. Мулен признает, что любая переоценка понимания того, какие акты вмешательства во внутренние дела считать совершенными принудительными методами, является крайне рискованной. Чрезмерно широкое толкование принудительных методов вмешательства рискует сличить их с обычными и широко применяемыми в международных отношениях методами воздействия государств на международные процессы. Оно может подорвать базовые межгосударственные отношения [2, p. 443, 444].

Чрезмерно строгое распространение государственного суверенитета на киберпространство, его инфраструктуру и операторов, пользователей информационно-коммуникационных технологий может негативно сказаться на идее открытости Интернета. Тем не менее государства настойчиво стремятся распространить свою юрисдикцию в данной сфере [3, p. 30–31].

Сегодня, в отличие от 1990-х и 2000-х, когда многие объявили о закате «суверенного государства» в эру глобализации, «смерти суверенитета» (С. Срэйндж (S. Strange), Д. Кроуфорд (J. Crawford)), наблюдается как раз обратное – усиление государственного суверенитета во многих областях, в том числе в киберпространстве [3, p. 3].

Динамичность содержания принципа суверенитета Р. Ватанпараст называет «эластичностью суверенитета» (elasticity of sovereignty). Концепция суверенитета не имеет фиксированного содержания, включает в себя много значений и может проявлять себя по-разному в разных контекстах (М. Коскенниemi (M. Koskeniemi)). Критика суверенитета М. Фуко (M. Foucault) призывает обратить внимание на множественность его форм, движущих сил, пространств, а также множественность институтов и лиц, на которые он может быть распространен [3, р. 3, 4, 8].

Усиление государственного суверенитета в киберпространстве видится естественным процессом. Вполне очевидно, что государство, пострадавшее от кибератак (хищения и раскрытия информации), сформирует свою внутреннюю и внешнюю политику таким образом, чтобы устранить причиненный вред и предотвратить подобные ситуации в будущем. Так, к примеру, после разоблачения массовой слежки, осуществляемой Агентством национальной безопасности США, Германия приняла решение выйти из зависимости от технологий США [2, р. 443].

Наблюдаемые параллельно процессы конституционализации глобальной цифровой экосистемы объективны. На национальном уровне конституционное регулирование, прежде всего, обращено к взаимодействию государства и индивидов в пределах территориальной и экстратерриториальной юрисдикции. Транснациональные конституционные инструменты способны обращаться к межгосударственным публичным отношениям, а также к сформировавшимся в результате цифровой революции глобальным полномочиям частных корпораций в отношении пользователей предоставляемых ими цифровых сервисов и услуг [1, р. 3].

Процессы конституционализации глобальной цифровой экосистемы имеют разные источники, материализуют разные контексты, принимают множественные формы, вовлекая разнородных субъектов [1, р. 14]. Так, масштабное строительство Китая инфраструктуры цифровой коммуникации и ее региональное и мировое расширение (инициатива Цифрового Шелкового пути), а также фильтрация и блокирование информации в ее пределах выливаются в становление Китаецентричной транснациональной цифровой сети, глобальное расширение его политического и экономического влияния [3, р. 20].

Установление «цифровых границ» вряд ли возможно технически и экономически, учитывая дистрибутивные качества цифровых данных и интернет-протоколов [3, р. 30–31]. В глобализирующемся обществе границы всё меньше следуют традиционному национальному территориальному делению и всё больше определяются согласно функциональной специализации (Н. Луман (N. Luhmann), Г. Тойбнер (G. Teubner)) [1, р. 11].

Тем не менее реальное значение каждого из уровней конституционализации цифровой экосистемы может быть оценено лишь в сравнении с достижениями иных уровней [1, р. 15].

Список литературы

1. Celeste E. The Constitutionalisation of the digital ecosystem: Lessons from international law // Max Planck Institute for comparative public law & international law research paper. – 2021. – N 16. – P. 1–19. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3872818 (дата обращения: 21.07.2021).
2. Moulin T. Reviving the principle of non-intervention in cyberspace: the path forward // Journal of conflict & Security law. – Oxford, 2020. – Vol. 25, N 3. – P. 423–447.
3. Vatanparast R. Data governance and the elasticity of sovereignty // Brooklyn journal of international law. – 2020. – Vol. 46, N 1. – P. 1–38. – URL: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1963&context=bji> (дата обращения: 21.07.2021).

ЗАХАРОВ Т.В.¹ ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В СОЗДАНИИ И ПРИМЕНЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА. (Обзор).

Аннотация. В обзоре представлены дискуссионные позиции ученых о влиянии цифровых технологий на международное право и международные отношения. Описывается изменение международного права, вызываемое алгоритмизацией международного правотворчества. Раскрывается влияние Интернета и платформ социальных сетей на нормы международного права.

Ключевые слова: международное право; международное правотворчество; международное правосудие; искусственный интеллект; машинное обучение.

ZAKHAROV T.V. Digital technologies in the creation and application of international law. (Review).

Abstract. The review presents the debatable positions of scientists on the influence the digital technology spread on the international law and international relations. The review describes transformations in international law influenced by algorithms in international decision-making. The author reveals the impact the Internet and social networks platforms has on international rule.

Keywords: international law; international relations; international lawmaking; international justice; artificial intelligence; machine learning.

Применение цифровых технологий и, в частности, искусственного интеллекта (далее – ИИ) и платформ социальных сетей в международных отношениях поднимает множество сложных

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

проблем. Проблемы нарушения баланса сил в международной системе, равного доступа к технологиям, международно-правовой легитимности цифровых технологий мало изучены в науке и не получили правового определения. Профессор права Университета Вирджинии Э. Дикс (США) отмечает, что, несмотря на положительный эффект применения средств ИИ в национальных правовых системах, они не получают широкого применения в международных отношениях государств [1, p. 576–578].

Применение цифровых технологий в международных отношениях окажет существенное влияние на международное право [1, p. 643]. Их использование в правотворчестве обещает повысить детализацию норм общественных отношений, понизить возможность ошибок в правовом регулировании. Алгоритмизированное правосудие оптимизирует модели справедливого разрешения споров, основываясь на исследовании больших массивов соотносимых данных. Это позволит создавать и применять точно подстроенные под складывающиеся общественные отношения (гибкие) правила, а также расширить объекты правового регулирования, считают профессор права Школы бизнеса EDHEC Ф. Фаган (Франция) и профессор права Чикагского университета С. Левмор (США) [2, p. 1, 31–32].

Применение технологий ИИ в праве и правоприменении рассматривается как предпосылка отказа от использования в правовом регулировании «стандартов» (*standards*) в пользу преимущественного использования «правил» (*rules*). Оно обещает правовую систему, ориентированную на правила [2, p. 32–33].

Чем больше единообразия в отдельных группах общественных отношений, тем большее доверие вызывает возможность применения к ним алгоритмизированных форм правового регулирования, тем шире возможность регулирования на основе правил. Если степень уникальности общественного отношения выше, право позволяет обратиться к признаваемому человеком правовому стандарту общественных отношений. Более того, найденные искусственным интеллектом зависимости могут как опровергнуть одни традиционные стандарты, так и укрепить значение других, способствуя развитию права от частного к общему [2, p. 1, 33].

Можно предположить множество вариантов использования ИИ в международных отношениях. Глубокий анализ целей, задач

контрагентов, условий, в которых они находятся, доступных им средств и т.п., предугадывание допустимых для них условий международных соглашений может обеспечить верные и точные решения. Анализ данных позволит устанавливать в международных отношениях юридически значимые факты. Средства ИИ могут существенно повысить эффективность позиции государства при создании и применении норм международного права, в установлении обычных норм международного права, а также в участии в разрешении международных споров. Высокая скорость анализа дает преимущество в принятии срочных решений [1, р. 577, 579–580, 600].

Международное право, состоящее из массивов письменной информации, вполне подходит под алгоритмический анализ. Алгоритмизированное построение картины *opinio juris* в национальных архивах, сверка массивов национального права, тысяч двусторонних договоров и многосторонних договоров, односторонних актов государств, резолюций международных организаций даст более полное понимание природы, значения и последствий норм международного права, поможет выявить их противоречия [1, р. 577, 601–607].

Искусственный интеллект изменит прогнозирование, планирование и логистику в международных отношениях. Так в 2019 г. Всемирная продовольственная программа ООН анонсировала пятилетнее партнерство с компанией Palantir Technologies по использованию информационной аналитики в механизме оперативного принятия решений по перераспределению продовольствия и повышению их эффективности [1, р. 580].

Если искусственный интеллект будет рекомендовать наиболее успешные или оптимальные решения, источники достижения успеха (в разрешении правовой задачи), предугадывая модели развития общественных отношений на несколько шагов вперед, он сможет рекомендовать, к примеру, победителей политических состязаний, а не просто предугадывать их на основе оценки предыдущих моделей человеческого выбора [2, р. 7].

Можно предположить, по меньшей мере, четыре варианта влияния ИИ на международное право и разрешение международных споров. Средства ИИ:

1) окажут всеобъемлющий положительный эффект на международное право, позволив государствам быстрее достичь соглашения в различных областях их взаимодействия;

2) проявят выборочный положительный эффект, способствуя достижению соглашений, однако систематически в пользу использующих их государств, усиливая недовольство международной системой среди технологически менее развитых государств;

3) могут затруднить заключение соглашений и разрешение международных споров, если технологически менее развитые государства станут отказываться от участия в процессах, обусловленных этими алгоритмизированными средствами;

4) не окажут существенного влияния, если их широкое использование сохранит существующий баланс в международных отношениях [1, р. 647–648].

Как международное право будет развиваться фактически, зависит от того, как использование средств ИИ обладающими ими государствами повлияет на восприятие справедливости международной системы государствами, которым они недоступны. Государства, которым недоступно использование ИИ, могут выбрать политику отказа от участия в межгосударственном взаимодействии, чтобы избежать легитимизации их фактически бесправного положения. Государство, прибегающее к несправедливым средствам в международных отношениях может встретить репутационные препятствия в достижении целей своей внешней политики, подорвать таким образом свое собственное могущество [1, р. 640, 648].

Использование цифровых технологий в международных отношениях окажет существенное влияние и на международную систему в целом. Современные международные отношения уже показывают фактические последствия того, когда одни государства имеют более прочное экономическое, финансовое, военное и технологическое положение, чем другие. Технологии ИИ лишь иной вид ресурса, способного повлиять на межгосударственное взаимодействие. Конкуренция в применении технологий обострит фактическое неравенство государств [1, р. 643, 645].

В связи с этим, следует по-разному оценивать влияние на межгосударственные отношения различных алгоритмов, к примеру, аналитических (*analytical*) и прогностических (*predictive*).

В связи с тем что технологии анализа и выборки уже широко доступны, их преимущества способны укрепить положение менее могущественных государств. Правда, следует учитывать технические, финансовые и временные затраты на создание, обучение и формирование баз данных даже алгоритмов на основе открытых кодов [1, р. 643–646].

С другой стороны, прогностические алгоритмы доступны не многим государствам. Они дают преимущества, последствия которых сложно предсказать, считает Э. Дикс. К тому же алгоритмы могут быть оценены и сравнены по степени точности прогноза. Вполне допустимо предположить, что некоторые государства станут стремиться к приобретению уникальных технологий ИИ для получения преимуществ в межгосударственном взаимодействии, которые они откажутся разделить или сделать публичными. Поднимается проблема конкуренции алгоритмов в стремлении избежать ложных выводов [1, р. 643].

Есть две причины полагать, что ИИ имеет по сравнению с человеком больше возможностей, чтобы избежать ложных выводов, к которым можно прийти в связи с парадоксом оценки противоположных значений явления (например, количество проигрышей / количество побед) или в связи с ошибками в статистических данных. Во-первых, алгоритмы оперируют массивами данных, в то время как критические показатели и неточности теряются именно при выборочной оценке. Во-вторых, преимущества искусственного интеллекта заключаются в способности открывать зависимости в данных, на которые человек не может обратить внимание, как минимум по причине трудоемкости исчислений [2, р. 29–30].

Подобное положение, однако, поднимает более серьезную проблему интерпретации – использование алгоритмом неструктурированных, не организованных человеком больших данных дает возможность найти закономерности, не имеющие соответствующей доступной для объяснения человеку теории структурного моделирования. По мнению Ф. Фэган и С. Левмора, такое положение должно простимулировать не только развитие теории, но изменения в организации процессов, типологизации и интерпретации информации [2, р. 30].

Э. Дикс обращает внимание на проблему этики применения ИИ в международном праве [1, р. 641]. Человек, и это особенно

проявляется, когда он выступает в качестве судьи, страдает пороками различных форм, в том числе скрытой или неосознанной предвзятости, однако нельзя игнорировать влияние предвзятости на информацию, вводимую в алгоритмы искусственного интеллекта [2, р. 14]. Предвзятость в информации, на основе которой обучались алгоритмы искусственного интеллекта, проявит себя в их выводах. Искусственный интеллект, таким образом, потенциально может сформировать свои собственные культурные установки [1, р. 641].

Очевидно, что ИИ даст более точный результат, если будет доступно больше данных. Применение алгоритмов автоматизирует процесс ровно до того момента, когда кто-то должен решить, какие данные и в каком объеме вводить в алгоритм [2, р. 9]. Организация Объединенных Наций может приобрести важную роль в аккумуляции, стандартизации и распространении информации, необходимой для обучения алгоритмов, применяемых в межгосударственных отношениях [1, р. 651].

Исследователь Института права и экономики Гамбургского университета К. Лакнер (Германия) рассматривает проблему влияния на международное правотворчество платформ социальных сетей. Интернет и социальные сети дают возможность большому числу людей коллективно обсуждать общие проблемы и выражать свою позицию, привлекать к данным проблемам внимание общественности и публичных органов [3, р. 4].

Технологии изменили формы организации общественных движений, способы коммуникации их участников и общества в целом. Дешевизна и простота мобилизации людей в социальных сетях изменили также способы самоидентификации участника общественного движения, сделав идентичность участника неформальных движений потенциально динамичной [3, р. 4–5].

Интернет и социальные сети позволили сформироваться неформальным общественным движениям гражданского общества (*informal civil society movements*), объединяющим людей из разных стран или даже глобально. Они обеспечили их беспрецедентными средствами влияния на развитие международного права. Некоторые такие движения обращаются к международным проблемам, требуя глобальных решений [3, р. 1, 3–4].

В отличие от признаваемых на национальном или международном уровне неправительственных организаций неформальные общественные движения гражданского общества децентрализованы, основаны на самоидентификации и не имеют руководящих органов. Они не могут обращаться в суд или быть участниками стратегического партнерства. Тем не менее понимание того, как неформальные общественные движения гражданского общества взаимодействуют с участниками международных отношений, какую роль они играют в процессах создания международного права, связано с пониманием легитимности и эффективности международного публично-правового регулирования [3, р. 1, 3, 5].

Гражданское общество является основной переговорной площадкой генерации интересов, идей и идеологий. Общность политических, социальных, культурных и т.п. взглядов может получить различную институционализацию от признаваемых на национальном или международном уровне неправительственных организаций до децентрализованных, основанных на самоидентификации и не имеющих руководящих органов общественных движений. Влияние цифровых технологий выразилось в том, что коммуникационные технологии позволили неформальным общественным движениям гражданского общества: а) обходить национальную политику государств; б) формировать нормативные притязания; в) изменить социальное пространство, в котором создается международное право [3, р. 1, 3].

Локальное недовольство условиями жизни, в том числе имеющими глобальный источник проблемы, может незамедлительно транслироваться платформами социальных сетей на глобальную аудиторию, включая государства и международные организации. Могут озвучиваться динамика проблемы и потребности глобальных решений. Гражданское общество в определенной степени транснационализировалось и приобрело существенную роль в формировании информационной политики в целом. Если раньше общественные движения были замкнуты в национальных правовых системах и обращены к соответствующему государству, то коммуникационные технологии создали платформу обращения к международному сообществу [3, р. 11–12].

Платформы социальных сетей становятся средством формирования и выражения интересов неформального общественного

движения, которые могут быть интерпретированы в виде нормативных притязаний. Таким образом, неформальные общественные движения могут стать одним из звеньев процесса изначального формулирования нормы международного права. К. Лакнер полагает, что интересы неформальных общественных движений могут приобрести в информационном пространстве такое значение, что смогут прямо влиять на международную повестку [3, р. 13–14].

Необходимость учитывать интересы неформальных общественных движений гражданского общества выражается в изменении интересов государств – основных субъектов международного права. Им становится легче заключать международные соглашения, поддерживаемые представителями локальных коллективных интересов. Демонстрация трансграничной поддержки гражданского общества дает государству «общую основу» международного взаимодействия [3, р. 4].

Использование цифровых технологий в создании и применении норм международного права повлияет на сбор и оценку информации; понимание самой информации, ее полноты и аккуратности; конфигурацию и структуры баз данных. Пересмотру подлежит понимание системы институтов взаимодействия с инфраструктурой цифрового пространства и их целей. Следует уделить больше внимания тому, какие цели ставятся перед правом, можем ли мы сформулировать задачи, в решении которых цифровые технологии займут положение превосходства над человеком, которого мы признаем как правотворца, правоприменителя и судью [2, р. 34–35].

Техника применения ИИ в праве должна раскрыть более высокое по отношению к (алгоритмизированным) правилам правовое положение традиционных правовых стандартов, осмысленных и принятых таковыми человеком. Машины могут добавлять в правовое регулирование точность, детализацию и гибкость, но алгоритмизация в регулировании всё равно останется искусственной [2, р. 34].

Человек сохранит за собой две важные роли. Во-первых, он будет определять цели и задачи алгоритмизированного правового регулирования. Во-вторых, человек сохранит возможность блокировать средства цифровых технологий (алгоритмы) в механизмах правового регулирования так же, как и в любой другой сфере.

Преимущество человека в том, что в отличие от машины, обладающей преимуществом в оперировании данными, он знает, что делать с ограниченными объемами информации [2, р. 7, 30].

Список литературы

1. Deeks A. High-tech international law // The George Washington law review. – Washington, 2020. – Vol. 88, N 3. – P. 576–653. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3531976 (дата обращения: 21.07.2021).
2. Fagan F., Levmore S. The impact of artificial intelligence on rules, standards, and judicial discretion // Southern California law review. – Las Angeles, 2019. – Vol. 93, N 1. – P. 1–35. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3362563 (дата обращения: 21.07.2021).
3. Luckner K. #WhoseLawIsItAnyway. How the internet augments civil society participation in international law making // Max Planck Institute for comparative public law & international law (MPIL) research paper. – Heidelberg, 2021. – N 2021-15. – P. IV, 1– 23. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3867227 (дата обращения: 21.07.2021).

Социальные и гуманитарные науки
Отечественная и зарубежная литература
Информационно-аналитический журнал
Серия 4

**ГОСУДАРСТВО
И
ПРАВО
2021 № 4**

Художник обложки и художественный редактор М.Б. Шнайдерман

Техническое редактирование
и компьютерная верстка В.Б. Сумерова
Корректор О.В. Шамова

Гигиеническое заключение
№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999 г.

Подписано к печати 28.10.2021

Формат 60×84/16	Бум. офсетная № 1
Печать офсетная	Цена свободная
Усл. печ. л. 15,0	Уч.-изд. л. 11,7
Тираж 300 экз.	Заказ № 73
(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