

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2018 Том 22 № 1

doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1

<http://journals.rudn.ru/law>

**Научный журнал
Издается с 1997 г.**

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)
Свидетельство о регистрации ПИ No ФС 77-61212 от 30.03.2015 г.
Учредитель: Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов»

Главный редактор

О.А. Ястребов, доктор юридических наук, профессор, РУДН, Россия.

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

Заместитель главного редактора

М.В. Немытина, доктор юридических наук, профессор, РУДН, Россия.

E-mail: nemytina_mrvk@rudn.university

Ответственный секретарь

Е.А. Сорокина, кандидат юридических наук, РУДН, Россия.

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

Члены редакционной коллегии

Абашидзе Аслан Хусейнович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Байдельдинов Даулет Лаикович, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, Республика Казахстан.

Варламова Наталия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, Россия.

Васильева Татьяна Андреевна, доктор юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, Россия.

Джансараева Рима Еренатовна, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, Республика Казахстан.

РЕДКОЛЛЕГИЯ

Еремян Виталий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Клишас Андрей Александрович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Либенберг Сандра, доктор права, профессор, Стелленбосский университет, Южно-Африканская Республика.

Панагиотопулос Димитриос, доктор права, профессор, Афинский университет, Греция.

Почекаев Роман Юлианович, кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, Россия.

Пьетробон Алессандра, доктор юридических наук, профессор, Падуанский университет, Италия.

Робинсон Николас А., доктор юридических наук, профессор, Университет Пейс, штат Нью-Йорк, Соединенные Штаты Америки.

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, Россия.

**Вестник Российского университета дружбы народов.
Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ**

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

4 выпуска в год

Материалы публикуются на русском, английском, французском, немецком, испанском языках.

Включен в перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты исследований, представленных на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ), *Google Scholar*, *Ulrich's Periodicals Directory*, *WorldCat*, *Cyberleninka*.

Цель и тематика

Журнал «*Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*» — рецензируемое научное издание, освещающее проблемы юридической науки и всех отраслей права.

Цель журнала — способствовать научному обмену и сотрудничеству между российскими и зарубежными учеными. В журнале публикуются результаты оригинальных научных исследований по широкому кругу вопросов, касающихся современного развития права и государства, а также теории, истории и философии права и государства. Приветствуются статьи, представляющие анализ новейшего законодательства и судебной практики по актуальным проблемам публичного и частного права.

Журнал заинтересован в публикации рецензий на научные монографии, а также обзоров наиболее значимых научных мероприятий.

Основным критерием отбора материалов для публикации является их научный уровень.

Отправка материалов осуществляется через онлайн-систему: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>

Правила оформления статей, архив и дополнительная информация размещены на сайте: <http://journals.rudn.ru/law>

Редактор: К.В. Зенкин

Компьютерная верстка: Л.Ю. Яковлев

Адрес редакции:

115419, Москва, Россия, ул. Орджоникидзе, д. 3

Тел.: +7 (495) 955-07-16;

e-mail: ipk@pfur.ru

Почтовый адрес редакции:

117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Тел.: +7 (495) 433-14-80; e-mail: lawjournalrudn@pfur.ru

Подписано в печать 23.03.2018. Выход в свет 30.03.2018. Формат 70×100/16.

Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура «Times New Roman».

Усл. печ. л. 19,5. Тираж 500 экз. Заказ № 21. Цена свободная.

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов» (РУДН) 117198, г. Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Отпечатано в типографии ИПК РУДН

115419, Москва, Россия, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. +7 (495) 952-04-41; ipk.@pfur.ru

© Российский университет дружбы народов, 2018

RUDN University



RUDN JOURNAL OF LAW

2018 VOLUME 22 NUMBER 1

doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1

<http://journals.rudn.ru/law>

Founded in 1997

Founder: PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA

EDITOR-IN-CHIEF

Oleg A. Yastrebov, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Marina V. Nemytina, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

E-mail: nemytina_mrvk@rudn.university

EXECUTIVE SECRETARY

Elena A. Sorokina, Candidate of Legal Sciences, RUDN University, Russia.

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

EDITORIAL BOARD

Aslan Kh. Abashidze, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Daulet L. Baideldinov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Republic of Kazakhstan.

Natalia V. Varlamova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Russia.

Tatiana A. Vasilyeva, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Russia.

Rima Y. Dzhansarayeva, Doctor of Legal Science, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Republic of Kazakhstan.

Vitaly V. Yeremyan, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Sandra Liebenberg, LL.D. (Witwatersrand), Professor, Stellenbosch University, South Africa.

Dimitrios Panagiotopoulos, Doctor of Law, Professor, University of Athens, Greece.

EDITORIAL STAFF

Roman Yu. Pochekaev, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, National Research University Higher School of Economics in Saint Petersburg, Russia.

Alessandra Pietrobon, PhD in Law, Full Professor, University of Padova, Italy.

Nicholas A. Robinson, S.J.D., Professor, Pace University, NY, USA.

Elena V. Timoshina, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Saint Petersburg State University, Russia.

RUDN JOURNAL OF LAW
Published by the RUDN University, Moscow, Russia

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

Published four times a year

Manuscripts are accepted in five languages: Russian, English, German, French, Spanish.

The Journal is recommended by the Russian Ministry of Education and Science for publication of scientific results of doctorate theses.

Indexation: *Russian Science Citation Index, Google Scholar, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, Cyberleninka.*

Aim & Scope

The *RUDN Journal of Law* is a peer-reviewed journal, that publishes original articles on all aspects of law.

The Journal's aim is to cooperation in legal science among Russian and foreign researchers. Special emphasis is placed on contemporary developments of law and state, but the Journal's range includes theory of law and state, history of law and state, legal philosophy. Legislative commentaries, case commentaries, book reviews and resumés of conferences are also welcome.

All submissions are initially evaluated on the basis of the journal's research quality standards and also content relevance.

Articles should be submitted electronically via the online submission web site:
<http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>

For more information about the *RUDN Journal of Law*, please visit our web site:
<http://journals.rudn.ru/law>

For all queries, including inquiries regarding submitting an article, the editorial process or any other related matter, please contact: lawjournalrudn@pfur.ru

Editor K.V. Zenkin
Computer design L.Yu. Yakovlev

Address of the Editorial Board:
3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia
Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

Postal Address of the Editorial Board:
6 Miklukho-Maklaya str., 117198, Moscow, Russia
Ph. +7 (495) 433-14-80; e-mail: lawjournalrudn@pfur.ru

Printing run 500 copies. Open price

Federal State Autonomous Educational Institution of Higher Education
"RUDN University" 6 Miklukho-Maklaya str., 117198, Moscow, Russia

Printed at RUDN Publishing House:
3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia,
Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

© Peoples' Friendship University of Russia, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

Клишас А.А. Легальность и легитимность публичной политической власти: теоретические аспекты (на примере сирийского вопроса)..... 1

Тарасов А.А., Гизатуллин И.А. Независимость судей — имманентное свойство уголовного правосудия и глобальная его проблема 21

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Сигалов К.Е. Пространственные и темпоральные основания освоения правовой цивилизации: покорение или абсорбция..... 42

Крашенинникова Н.А., Трикоз Е.Н. Формирование института соучастия в уголовном праве Индии XIX в. 66

ПРАВО И НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

Понкин И.В., Редькина А.И. Искусственный интеллект с точки зрения права..... 91

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО

Волков А.К. Le Contenu de la Futur Reglementation Juridique des Relations Gazieres Entre la Russie, l'UE et ses Pays Membres 110

РЕЦЕНЗИИ

Анциферов Н.В. Рецензия на монографию «Применение Конституции Российской Федерации как правовая гарантия гражданского мира и безопасности государства» (Москва: Российский государственный университет правосудия, 2017)..... 140

CONTENTS

PUBLIC LAW: DOCTRINE AND PRACTICE

Andrey A. Klishas Legality and Legitimacy of Public Political Power: Theoretical Aspects (on the Basis of Syria) 1

Aleksandr A. Tarasov & Irek A. Gizatullin Independence of Judges as Immanent Quality of Criminal Justice and Its Severe Problem 21

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

Konstantin E. Sigalov The Spatial and Temporal Grounds of Legal Civilization Development: Concentration or Absorption..... 42

Nina A. Krasheninnikova & Elena N. Trikoz Genesis of the Institute of Complicity in the Indian Criminal Law in XIX Century 66

LAW AND NEW TECHNOLOGIES

Igor V. Ponkin & Alena I. Redkina Artificial Intelligence from the Point of View of Law 91

INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION

Aleksandr K. Volkov The Content of the Future Legal Regulation of the Gas Relations between Russia, European Union and EU Member States 110

REVIEWS

Nikolay V. Antsiferov Review of Monograph «Application of the Constitution of the Russian Federation as a Legal Safeguard of Civil Peace and State Security». (Moscow, Russian State University of Justice, 2017)..... 140



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-1-20

ЛЕГАЛЬНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ (НА ПРИМЕРЕ СИРИЙСКОГО ВОПРОСА)

А.А. Клишас

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

В статье освещаются теоретические представления о легальности и легитимности публичной политической власти, проводится анализ таких представлений, посредством исследования вопроса легальности и легитимности публичной политической власти, реализуемой на территории Сирийской Арабской Республики, в том числе в рамках исторической стороны конституционного развития государства, казуально демонстрируются наиболее существенные черты рассматриваемых правовых категорий.

Цель настоящей статьи является системное изложение доктринальных подходов к таким правовым явлениям, как легальность и легитимность публичной политической власти, их соотношению, а также анализ содержания таких правовых явлений на примере общественного состояния, сложившегося на территории конкретного государства в определенный исторический период его развития.

В результате рассмотрения различных подходов к понятиям легальности и легитимности публичной политической власти автор приходит к выводу о необходимости учета конкретного политического и правового контекста при выдвижении суждений о легальности и легитимности публичной политической власти, реализуемой в государстве на определенном этапе его развития. При этом, если в случае с характеристикой легальности публичной политической власти возможности для принятия иных критериев, кроме соответствия такой власти позитивному порядку в рамках конкретно-определенной правовой системы, не усматривается, то при рассмотрении легитимности публичной политической власти существует дискреция в выборе критериев (порядка легитимации), соответствие которым позволяет утверждать легитимный характер публичной политической власти — такими критериями, по мнению автора, могут являться признание легитимируемого объекта населением или компетентными органами; соответствие легитимируемого порядка позитивному закону; соответствие легитимируемого порядка порядку более высокого уровня. В настоящей работе посредством рассмотрения наиболее явных конституционных особенностей Сирийской Арабской Республики, в том числе в контексте истории конституционного развития государства, также приводится обоснование легального и легитимного характера публичной политической власти, осуществляемой на территории Сирийской Арабской Республики.

Ключевые слова: государство; публичная политическая власть; легальность; легитимность; конституционное право; Сирийская Арабская Республика

I. ВВЕДЕНИЕ

Понятия легальности и легитимности все чаще используются при определении качеств институтов публичной политической власти в непосредственной связи с указанием на персональные характеристики лиц, замещающих соответствующие должности. При этом в литературе зачастую приводятся совершенно необоснованные позиции относительно легальности и легитимности того или иного публично-властного института. В отсутствие каких-либо разъяснений, содержащих критерии, используемые для выводов о наличии легальной и легитимной характеристики у публичной политической власти соответствующего государства, допускается не только приведение немотивированных суждений, но также и подмена понятий, что абсолютно не способствует всестороннему и корректному рассмотрению политической и правовой проблематики функционирования публично-властных институтов.

В то же время устоявшиеся подходы к определению содержания понятий легальности и легитимности различны как в общественных науках — юриспруденции и социологии, так и рамках отдельных концепций приведенных научных сфер, что также свидетельствует о необходимости сопровождения соответствующих выводов максимально подробными пояснениями и комментариями.

В настоящей работе автором приводятся наиболее распространенные научные позиции относительно понятий легальности и легитимности публичной политической власти, рассматриваются вопросы сходств и различий научных подходов по приведенной проблематике, на примере конкретного государства иллюстрируется содержание легальности и легитимности как характеристик публичной политической власти.

II. ПРАВОВОЕ СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЙ ЛЕГАЛЬНОСТИ И ЛЕГИТИМНОСТИ ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ

В теории права понятия легальности и легитимности тесно связаны с понятием публичной политической власти¹: рассматриваемые понятия одновремен-

¹ Под публичной политической властью следует понимать правомерную, с позиций самих субъектов, реализующих соответствующие полномочия, возможность и способность установленного законом или, в исключительных, к примеру, в рамках внутрисударственных военных конфликтов, революций, ситуациях — установленного (легализованного) в последующем, круга субъектов осуществлять политическое управление (реализовывать любые непротиворечащие установленным нормативными правовыми актами, действующими на момент принятия и реализации решений, действия) на конкретно-определенной территории, в том числе с законным применением насилия и вопреки воле населения (в рамках установленных пределов возможной несогласованности действий с такой волей). Под политическим элементом при определении публичной политической власти, в зависимости от уста-

но являются как дескриптивными, так и прескриптивными по отношению к содержанию публичной политической власти.

Дескриптивный элемент рассматриваемых понятий выражается в определении легальности и легитимности в качестве критериев (возможных, но не имеющих образующий характер²) публичной политической власти в конкретной философско-правовой парадигме или историческом периоде — как то концепция правопонимания или отдельно взятое государство в конкретном историко-политическом контексте. Прескриптивный элемент выражен разработанными и разрабатываемыми критериями определения легальности и легитимности, которые принимаются в качестве базовых элементов при описании модели публичной политической власти — вне зависимости от конкретной философско-правовой парадигмы или исторического периода.

В современной правовой науке существуют различные подходы к определению легальности и легитимности как характеристик публичной политической власти, обладающей суверенитетом³ и действующей на конкретно-определенной территории.

Как правило, легитимность как черта публичной политической власти, действующей в рамках определенной территории, выражающаяся в признании ее политических и правовых институтов, трактуется как понятие, являющееся более широким в отношении легальности, т.е. установленности законом. Некоторыми из ученых, к примеру, С.С. Алексеевым, понятие легитимности отождествляется с понятием правозаконности⁴. Другими авторами, к примеру В.В. Де-

новленного в рамках каждой конкретной территории порядка формирования высших властных субъектов, компетентных принимать соответствующие решения, понимается в том числе осуществление власти через представительство: «...по общему правилу политическая власть в стране — это власть народа, который на выборах, референдумах решает, каким партиям или лицам вручить осуществление власти. Это, по существу, временное делегирование полномочий при сохранении политической власти у народа...». Под публичным элементом следует понимать осуществление власти территориальным публичным коллективом в общих интересах лиц, его составляющих (Chirkin, 2013:203, 206).

² Публичная политическая власть может быть как легальной, так и легитимной, так и не соответствовать обеим указанным характеристикам.

³ Под суверенитетом следует понимать возможность и фактическую способность публичной политической власти, действующей на конкретно-определенной территории, осуществлять такую власть вне имеющих возможность неправомерно (вопреки установленному законом порядку) повлиять *ad rem* на принятие соответствующих властных решений действий субъектов правоотношений, в том числе международных организаций, иных государств, международных и зарубежных публичных институтов, а, равно с этим, субъектов, действующих на территории подвластного государства и некомпетентных принимать соответствующие решения (в том числе в части формирования органов государственной власти), а также — возможность и фактическая способность публичной политической власти применить необходимые механизмы воздействия на указанных субъектов в случае реализации такими субъектами неправомерных действий.

⁴ Под «правозаконностью» в данном случае понимается «строжайшее неукоснительное проведение в жизнь не любых и всяких норм, а начал гуманистического права, прежде всего основных неотъемлемых прав человека, и, кроме того, так же связанных с ними ряда других институтов ... в том числе

нисенко, приводится «интегративное» определение легитимности позитивного права — «легитимность позитивного права — это признание позитивного права субъектами права в качестве законных, принятых личностью, социальными группами или обществом правил поведения» (Denisenko, 2014:15).

Понятия легальности и легитимности тесно связаны с введенными в оборот Г. Кельзенем понятиями действительности и действенности правопорядка.

Под действительностью правопорядка, подразделяемую Г. Кельзенем на формальную и материальную, понимается соответствие нормативно-установленного порядка основной норме⁵, при этом ученый указывал на возможный, особенный (временный) характер такой действительности, определяемый самой нормой в части установления периода ее действительности или процедуры, только лишь при строгом соблюдении которой такая норма может быть изменена или отменена. «Принцип, согласно которому норма правопорядка действительна до тех пор, пока ее действительность не будет прекращена предусмотренным правопорядком способом или заменена действительностью другой нормы этого порядка, — этот принцип есть принцип легитимности.

Этот принцип применим к государственному правопорядку лишь с чрезвычайно важным ограничением. Он неприменим в случае революции» (Kelsen, 2015:260–261) — отмечал Г. Кельзен, уточняя, что сама революция нелегитимна априорно, при этом все же допуская фактическое изменение правопорядка революционным путем и ограничивая принцип легитимности принципом эффективности⁶, что представляется наиболее релевантным цели революции, так как вне зависимости от мотивов совершения соответствующих действий конкретными субъектами ни одна революция не может быть успешна без кризиса эффективности управления, ввиду того, что при отсутствии указанного «порока» невозможно изыскать поддержку потенциальных участников революции.

Под действенностью Г. Кельзенем понималась объективная реализуемость — т.е. фактическая возможность правовых норм (в противовес иным видам регуляторов социальных отношений) регулировать отношения в рамках существующего правопорядка («бытия природной реальности»). При этом им приводится позиция относительно того, что действенность правопорядка⁷ наравне с эффективностью «поглощающей» легитимность, является одним из условий

общедемократических принципов, частного права, независимости правосудия» (Alekseev, 1998:132–133).

⁵ Применительно к нормативным правовым актам — непротиворечие их актам большей юридической силы: законов — конституции, конституции — нормам международного права, в случае признания такого примата самой конституцией.

⁶ Который, в силу допустимости ограничения принципа легитимности, представляется наиболее значимым составным элементом такого принципа с философско-правовых позиций.

⁷ Представляется допустимым экстраполяция соответствующих выводов и на публичную политическую власть.

постулируемой нормы даже в случае недействительности установления такой нормы⁸, так как правопорядок является действительным в силу фактической возможности регулировать общественные отношения.

Легитимность как характеристику публичной политической власти (или правового режима, а, равно с этим, отдельных правовых институтов) следует связывать с процессом легитимации, т.е. с процессом признания одного нормативного порядка (отдельных норм, институтов или действующего правопорядка в целом) с точки зрения другого нормативного порядка (в том числе вновь устанавливаемого). В рамках легитимации, рассматриваемой как процедура достижения легитимности, следует выделять два «порядка» — порядок легитимирующий и порядок легитимируемый. При этом если с определением легитимируемого правопорядка не возникает проблем с пониманием объекта легитимации — такими объектами могут являться как конституционный порядок, сложившийся в государстве в конкретно-определенном историческом периоде, так и отдельные институты такого конституционного порядка, то в части подходов к определению легитимирующего правопорядка усматривается некая дискреция — с одной стороны таким легитимирующим правопорядком может выступать как иной, в том числе предшествующий, а, равно с этим, «качественно иной» — т.е. не являющийся тождественным по своим существенным характеристикам предшествующему, правопорядок, принципы и нормы которого опосредуют правопорядок легитимируемый, так и право в целом, и в том числе право, реципируемое новым правопорядком в случае изменения правопорядка, т.е. право, продолжающее регулировать общественные отношения при смене правопорядка⁹.

М. Вебером была предложена собственная классификация типов легитимности (Matheson, 1987; Huppel-Cluysenaer, Knegt & Lembcke, 2008). Так, социологом выделялись, в зависимости от элемента, который легитимирует соответствующий порядок, легитимность традиционная, легитимность харизматическая и легитимность рационально-легальная (Smith, 1970:17–21). При этом М. Вебером, по содержанию своих воззрений на легитимность (действительность) власти в некоторой степени солидарным¹⁰ с Г. Кельзенем, приводится только лишь социологическая сторона понимания эффективности (определяемой, безусловно, как категория оценочная), являющейся одним из двух неотъемлемых

⁸ И, соответственно, в рамках приведенной аналогии — недействительности (несоблюдения) процедурных аспектов приобретения конкретными субъектами властных полномочий.

⁹ В частности, точку зрения о том, что легитимирующим правопорядком в данном случае выступает право, приводит В.А. Четвернин. Так, автором указывается, что демократический процесс легитимации государства в современном обществе включает в себя конституционное выражение легитимирующего правопорядка и конституционное оформление легитимной организации государственной власти (Chetvernin, 1993:83).

¹⁰ М. Вебером понятие «легитимность» рассмотрено только в рамках социологической компоненты (Campbell, 1986:208).

элементов легитимности. Из трудов М. Вебера следует, что «оценка» публичной политической власти как легитимной (а, следуя положениям концепции Г. Кельзена — «оценка» публичной политической власти как эффективной) осуществляется населением на основании:

– безусловного от каких-либо аспектов, в том числе от основания и субъекта, установившего необходимость реализации, применения на протяжении длительного периода времени тех или иных социальных моделей, т.е. признания эффективными любых действий властных институтов, которые [властные институты] в конкретном рассматриваемом случае — в части их формирования, были организованы в соответствии с критерием «длительности применения» такого порядка их формирования — для традиционного типа легитимности;

– положительно воспринимающегося социумом экстраординарного для конкретных исторических, территориальных и политических условий характера лица (группы лиц), реализующего властные полномочия — для харизматического типа легитимности¹¹;

– соответствия наделения того или иного лица властными полномочиями, а, равно с этим, соответствия реализуемых таким лицом полномочий, установленному законом порядку — для рационально-легального типа легитимности^{12,13}.

Следует отметить, что схожая классификация легитимности следует и из трудов современных представителей научного социологического сообщества — так, социолог С.М. Липсет (Lipset, 2005) утверждает, что признание населением власти легитимной не является персонифицированным — легитимным признается институт как таковой, а не конкретное лицо, замещающее публичный мандат¹⁴.

Значительный вклад в разработку содержания понятий легальности и легитимности внес представитель немецкой школы К. Шмитт. Так, им подчеркива-

¹¹ Представляется, что такой тип легитимности является характерным в значительной степени для юрисдикций, публичная политическая власть в которых осуществляется, как правило, вновь образованными элитами, наделенными полномочиями, в том числе в результате не соответствующего установленному порядку замещения высших государственных должностей социального переворота.

¹² При этом, посредством отождествления таких понятий, как легитимность и легальность, т.е. соответствие той или иной фактически сложившейся ситуации (процесса) нормам права (к примеру, и как было указано ранее, формирование органов публичной политической власти, принятие такой властью тех или иных решений), презюмируется конкурентный характер (опять же, в рамках установленных законом правил) и демократичность формирования высших публично-правовых институтов, обладающих реальными, в части утилитарной реализации, полномочиями, наличие процедуры прекращения полномочий конкретных лиц, реализующих властный функционал.

¹³ Приведенный тип легитимности свойственен наиболее «конституционно стабильным» государствам, изменение персонального состава политических институтов в которых в крайней степени маловероятно посредством совершения революций.

¹⁴ Что, при том, абсолютно не характерно для харизматического типа легитимности в соответствии с классификацией М. Вебера.

лось более широкое значение понятия легитимности в соотношении с понятием легальности: «... Ему [юридическому позитивизму] было неведомо, что легальность первоначально была существенной частью западного рационализма и формой правления, но отнюдь не абсолютной противоположностью легитимности. Всеобщая нейтрализация ценностей была частью всеобщей функционализации и превращала демократию в принципиально релятивистское мировоззрение...» (Schmitt, 2016:271).

К. Шмитт выделял четыре типа государства: государство правосудия, государство правительства, государство управления и законодательное государство, связывая существование последнего с принципом разделения властей и рассматривая его сквозь призму легальности и легитимности, делая при этом особый акцент на плебисцитарной легитимности при парламентской системе легальности, т.е. на таких легитимности и системе легальности, при которых, соответственно, результаты всеобщих народных выборов, проведенных в соответствии с установленным порядком, есть источник и основание легитимности власти^{15,16}, а высший орган законодательной власти является источником легальности, т.е. органом, санкционирующим общеобязательные для всех лиц, проживающих на определенной территории, правила поведения¹⁷.

В ряде научных работ современных авторов приводятся позиции о том, что легальность есть один из способов легитимации закона, что весьма спорно и представляется справедливым лишь в случае, если позитивный закон (позитивацию определенного порядка) считать легитимирующим порядком (без юридической оценки его содержания и действительности). В некоторых из научных трудов также приводятся мнения о том, что легитимация есть процесс придания закону его позитивной силы, что также весьма спорно, ввиду того, что, очевидно, производится «подмена» понятия «легальность» понятием «легитимность».

Довольно интересными представляются подходы современных зарубежных ученых к пониманию содержания таких характеристик публичной политической власти, как легальность и легитимность. Так, например, Ж.-М. Койкауд определяет легитимность как признание права публичной политической власти на осуществление управления, конститутивными элементами которого являют-

¹⁵ Что примечательно, как справедливо утверждает Дж. П. Маккормик, сформированная К. Шмиттом концепция законодательного государства, «предполагающая жесткое разделение закона и его применения, парламента и публичной администрации, законодательной и исполнительной ветвей власти», тесно связана с доктриной правового государства (McCormick, 2004:xxiv).

¹⁶ В чем усматривается абсолютная симметрия с рационально-легальным типом легитимности по М. Веберу.

¹⁷ Что, однако, противоречит позиции Г. Кельзена, в соответствии с которой источником легальности является соответствие той или иной нормы позитивного права постулируемой норме, и, соответственно, законодательный орган является только субъектом, должным формулировать соответствующие позитивно-правовые установления в соответствии с такой постулируемой нормой для обеспечения легальности всех «нижестоящих» норм.

ся общественное согласие, закон¹⁸ и нормы¹⁹ (Coicaud, 2004:10). Указывается, что легитимность:

«является довольно расплывчатым понятием. В некотором смысле, легитимность в понимании политической науки является аналогом понятия «невидимая рука рынка» у ученых-экономистов: мы понимаем, что такое явление существует и оно способно сплотить социальные группы, однако мы не можем объяснить, как его достичь и почему в некоторые периоды времени оно оказывает чрезвычайно большое влияние [на общественно-политические процессы], а в другие — кажется, будто его нет» (Bekkers, Dijkstra, Edwards & Fenger, 2007:35).

Некоторыми из зарубежных авторов, например, Р.Р. Баласубраманиамом, характер фактической реализации действий публичной политической власти, соотносимый с доктриной верховенства права, небезосновательно определяется как «лакмусовая бумажка легитимности, которая позволяет субъектам правоотношений оценивать и ставить под вопрос выдвигаемые правительствами доводы, которыми обосновывается принятие тех или иных управленческих решений, реализуемых для общего блага» (Balasubramaniam, 2008:135). Действительно, в зависимости от обеспечения со стороны публичной политической власти режима защиты прав и свобод человека на уровне, необходимом территориальному публичному коллективу, в том числе в контексте самоограничения действий государства, такая публичная политическая власть будет признаваться населением легитимной, при том — вне зависимости от легальности ее формирования.

Следует отметить и лингвистический аспект, затрагивающий понимание и толкование (порой ошибочное) терминов «легальность» и «легитимность». Перевод с французского языка термина «легитимность» как «законность» или «узаконенность» (Megrelidze, 2008), не вполне отражает содержание понятия ввиду того, что собственно «законность» представляет скорее соответствие позитивной норме или позитивацию правила поведения — в этом случае дефиниция четко соответствует понятию «легальность».

Понятие «легитимность» носит более прескриптивный характер, нежели «легальность». М. Вебер, определяя понятие легитимности, включал в него не только законность власти с формальной точки зрения (соответствие позитивному закону), но и явление социально-психологическое, состоящее в принятии обществом политической власти или как минимум пассивном повиновении ей

¹⁸ Под которым автором понимается не что иное, как законность (легальность) действий органов публичной политической власти.

¹⁹ Под нормами Ж.-М. Койкауд понимает социальные ценности, действия по утверждению которых со стороны публичной политической власти являются необходимым вследствие «запроса» на них со стороны территориального публичного коллектива (Coicaud, 2004:14).

(т.е. признанию «эффективности» такого порядка по Г. Кельзену) (Weber, 1990:639). В современных отечественных работах по теории права также принято говорить о справедливости такой точки зрения: «Легитимность и легальность власти — понятия не совпадающие. Если легальность означает юридическое обоснование власти, ее соответствие правовым нормам, что выступает ее юридической характеристикой, то легитимность — это доверие и оправдание власти, что выступает ее нравственной характеристикой. Любая власть, издающая законы, даже непопулярные, но обеспечивающая их выполнение, — легальна, в то же время она может быть нелегитимной, не приниматься народом...» (Подробнее см.: (Matuzov & Malko, 2004). И.А. Исаев, приводя позицию П. Бурдые, говоря о легальности, акцентирует внимание на принципе общей легальности, допускающем принятие любых позитивированных (возведенных в закон) решений — «Политическая власть отрывает людей от их насущных проблем, предпочитая говорить об универсальных проблемах. Такой отрыв часто маскируется заявлениями о том, что бюрократическая система предназначена для ограничения властных отношений подчинения и господства и призвана переключить управление на мир вещей, но не людей. В этом проявляется одна из важнейших особенностей бюрократического — не водворять истину, принимая в расчет индивидуальное, но добиваться только одного — результативности. Принимаемые решения здесь всегда анонимны. И это качество переносится на издаваемые государством законы, параллельно с которыми действуют правила и нормы, на основе которых действует администрация. Принцип общей легальности, разросшийся до огромных пределов нормативного комплекса, оказывается прикрытием для принимающей решения бюрократии, действующей по своему собственному усмотрению. Процесс принятия решений теперь уже не будет системой ясных юридических процедур, регламентированных конституциями. Власть, сосредоточившаяся в недрах бюрократической машины, либо игнорирует, либо интерпретирует их в соответствии со своими целями. Монополия на легитимное символическое насилие позволяет власти произвольно навязывать собственные средства познания и выражения политической реальности. Администрация создает собственные политические мифы, закладывая в них предполагаемый смысл своей легитимности. Посредством замаскированного внушения этот «структурированный и структурирующий медиум» навязывает восприятие установленного порядка как естественного и легитимного» (Isaev, 2014), и также о соответствии легальности позитивности, а легитимности справедливости как признакам права.

«Для того чтобы само право при этом оставалось не только позитивным (признак легальности), но и оправданным, справедливым (признак легитимности), оно должно быть результатом соглашения («договора»), правовая форма должна быть отделена от чистой власти, правовая форма неизбежно прибегающего к «насилию» порядка должна быть более «высокой», чем формы, свободные от «права порядка», что и достигается при посредстве использования соответствующих процедур решения. Легитимность вы-

рабатывается через процессы, постепенно устраняющие неопределенность в ожидании событий и решениях: прохождение через процедуры принятия решений делает легитимность легальной...» (Isaev, 2012).

Для корректной оценки легальности и легитимности действий (решений) публичной политической власти в конкретно-определенном политическом и правовом контекстах необходима расстановка акцентов на элементах, составляющих легальность и легитимность.

При оценке легальности порядка (действий или решений публичной политической власти) производится оценка соответствия такого порядка (публичной политической власти как таковой) позитивному порядку²⁰, т.е. действующим правовым нормам в рамках определенной правовой системы.

При оценке легитимности порядка возможна дискреция в части выбора легитимирующего порядка²¹ — таким порядком может быть признание легитимируемого объекта населением²² или компетентными органами (к примеру, судами или международными квазисудебными органами — в зависимости от объекта легитимации) — «в русле» социологического позитивизма, соответствие легитимируемого объекта позитивному закону — с позиций «старого» легизма²³, соответствие легитимируемого порядка порядку более высокого уровня (национального правопорядка международному правопорядку) — с точки зрения юридического нормативизма.

III. ЛЕГАЛЬНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ СИРИЙСКОЙ АРАБСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Крайне примечательной в контексте вышеприведенных рассуждений является ситуация, складывающаяся в Сирийской Арабской Республике, рассмотрение вопроса о легальности и легитимности действующей публичной политиче-

²⁰ Как и при оценке объекта на предмет легитимности производится соотношение с другим порядком или несколькими другими порядками, в том числе факультативными для предоставления возможности утверждать легитимность той или иной публичной политической власти; однако, таким порядком в определении легальности является позитивный порядок.

²¹ При этом зачастую одним из легитимирующих факультативных порядков может являться соответствие способа формирования (осуществления полномочий) публичной политической власти установленному позитивно-правовому регулированию — т.е. легальность такой власти «дополнительно» опосредует ее легитимность.

²² К примеру, в рамках последующего избрания ранее замещавшего соответствующую должность в органе публичной политической власти лица на такую должность вновь.

²³ Собственно, в этом случае произойдет отождествление легальности и легитимности, и, таким образом, факультативный — в рамках иных моделей легитимации порядка — элемент, определяется как единственный и основной.

ской власти в которой представляется верным начать с краткого экскурса в историю конституционного развития рассматриваемого государства.

Современное самостоятельное конституционное развитие Сирийской Арабской Республики, а, ввиду получения независимости от Османской Империи в 1920 г.²⁴, — самостоятельное конституционное развитие Сирии как таковое, началось в 1920 г. принятием (вопреки следованию предоставленному Французской Республике решением франко-британской Конференции в Сан-Ремо 1920 г. (в последующем утвержденном Лигой Наций в 1923 г.) мандату) органом народного представительства — Национальным конгрессом Конституции Арабского Королевства Сирия, которой территория современной Сирии и Ливана²⁵ провозглашались суверенным государством с монархической формой правления (ограниченная монархия). Конституцией Арабского Королевства Сирия учреждался двухпалатный выборный коллегиальный законодательный орган государственной власти — Генеральная Конференция, должность премьер-министра, реализующего функции высшего должностного лица органа исполнительной власти и подотчетного Генеральной Конференции, орган конституционного контроля — Верховный Конституционный Суд. Однако настоящий документ, несмотря на народный, хотя и осуществленный представительным органом, способ его принятия, нельзя с позиций фактически произошедших событий и невозникновения последствий его принятия охарактеризовать как имеющий учредительный характер в отношении сирийского консти-

²⁴ До 1920 г. территория современной Сирийской Арабской Республики являлась частью Османской империи, что означает распространение действия Конституции Османской империи 1876 года в том числе на территорию современной Сирии. Так, в соответствии с положениями указанного документа османские подданные (подданные Османской империи), в том числе проживающие на территории современной Сирии, пользовались всей полнотой прав, предоставляемых османам Конституцией Османской империи. Кроме того, подданные Османской империи, проживающие на территории Сирии, имели норму представительства в одной из палат Парламента (Генеральной Ассамблеи) Османской империи — Палате депутатов, равную норме представительства депутатов от иных провинций (вилайетов) — 1 депутат на каждые 50 000 мужчин — подданных Османской империи (депутаты подлежали избранию от каждой провинции из числа подданных Османской империи, проживающих на территории соответствующей провинции, в соответствии с указанной нормой представительства). Кроме того, в каждой провинции организовывались региональные выборные коллегиальные органы управления: административные советы провинций, районов (санджаков) и округов (кадылыков) а также Генеральные Советы, подотчетными которым являлись указанные ранее коллегиальные органы управления. Кроме того, в 1909 г. в Конституцию Османской империи по итогам младотурецкой революции 1908 г. были внесены изменения, предоставляющие подданным Османской империи (в том числе проживавшим на территории современной Сирии) право собраний, ограниченное, однако, невозможностью проведения собраний подданных Османской империи с целью планирования и (или) обеспечения нарушения территориальной целостности Османской империи.

²⁵ В 1926 г. территория современного Ливана была обособлена от территории современной Сирии в качестве отдельной административно-территориальной единицы, являющейся подмандатной Французской Республике (с, соответственно, обособлением сирийской территории в качестве самостоятельной административно-территориальной единицы также подмандатной Французской Республике).

туционализма по причине прекращения (вскоре после принятия) его действия (т.е. ввиду отсутствия фактической реализации положений рассматриваемого документа) в одностороннем порядке французским Верховным комиссаром при осуществлении ввода военного контингента на территорию Сирии Французской Республикой, являющейся т.н. «мандатарием» в отношении Сирии.

В 1928 г. на общенародном голосовании были избраны члены Конституционного Собрания, целью создания которого была разработка проекта Конституции Сирии.

В 1930 г. при учете проекта, разработанного и утвержденного Конституционным Собранием, а также позиции Французской Республики мандатарием была октроирована Конституция Сирии, которая утверждала независимость и суверенитет Сирии, учреждала в Сирии республиканскую форму правления, законодательный орган государственной власти, представленный однопалатным Парламентом (Палатой депутатов), избираемым сроком на 4 года, осуществляющим избрание Президента²⁶ и обладающим правом объявления импичмента Президенту, должность высшего должностного лица исполнительной власти — Президента, избираемого сроком на 5 лет (с конституционным ограничением реализации полномочий не более одного срока подряд), имеющего право роспуска Палаты депутатов, а также осуществляющего формирование Правительства — Кабинета министров (при этом Конституцией допускалось замещение должности министра членом Палаты депутатов). Наиболее важным с позиций оценки степени «декларативности» утверждения Сирии в качестве независимого и суверенного государства является конституционные положения о том, что содержание Конституции Сирии не может противоречить обязательствам, принятым на себя Французской Республикой, в том числе (и в особенности) в рамках деятельности Лиги Наций и предоставленного Французской Республике мандата. Именно посредством предусмотренной такой оговорки Французская Республика обеспечила «правовой»²⁷ контроль над территорией Сирии вплоть до 1944 г.

В 1944 г. Палата депутатов Республики Сирия отменила действие положений ст. 116 Конституции Сирии, предусматривающих ограничение действия

²⁶ При этом следует учитывать, что избрание Палатой депутатов Президента, по общему правилу, должно было быть осуществлено в два этапа абсолютным большинством голосов депутатов. Вторым этапом голосования подлежал проведению только в случае, если Президент не избирался абсолютным большинством голосов депутатов в первом этапе голосования, однако допускалось избрание Президента относительным большинством голосов депутатов при проведении третьего этапа голосования (который подлежал проведению в случае неосуществления избрания Президента абсолютным большинством голосов депутатов в первом и во втором этапах голосования).

²⁷ К примеру, в 1939 г. в качестве ответной меры на требования Сирии отменить мандатный режим Французской Республики Верховным комиссаром мандатария было приостановлено действие Конституции 1930 г., которое было возобновлено только в 1943 г. по решению национальных органов Сирии.

положений сирийской Конституции международными обязательствами Французской Республики (в основном — мандатом Лиги Наций). Фактические же независимость и суверенитет были приобретены Сирией только в 1946 г. с момента вывода французского военного контингента с территории рассматриваемого государства²⁸.

В 1949 г. в Конституцию Сирии были внесены изменения, в соответствии с которыми Президент мог быть избран относительным большинством голосов Палаты депутатов, в том числе при осуществлении голосования впервые (по первому этапу), а также изменения, предусматривающие возможность избрания лица Президентом более одного срока подряд. В том же году по осуществлении военного переворота действие Конституции было приостановлено и были назначены выборы Конституционного Собрания, целью которого являлась разработка проекта новой Конституции.

В 1950 г. на общенародном голосовании²⁹ была принята новая Конституция Республики, утвердившая религиозный (а именно — исламский) характер государства (с, соответственно, применением норм мусульманского права на территории Сирии), изменившая порядок выборов Президента в части, относящейся к необходимому для избрания Президента по первому этапу кворуму Палаты депутатов, а именно — установлению необходимости получения кандидатом квалифицированного большинства голосов Палаты депутатов в размере 2/3 голосов Палаты депутатов и более³⁰, а, равно с этим, в части, относящейся к установлению невозможности замещения должности Президента одним и тем же лицом более одного срока подряд. Кроме того, были расширены полномочия премьер-министра (Председателя Совета министров), который, к примеру, обладал исключительными полномочиями по инициированию процедуры объявления вотума недоверия Совету министров (только Председатель Совета министров мог вынести соответствующий вопрос на рассмотрение Палаты депутатов). На конституционном уровне был установлен порядок формирования региональных органов управления. Так, в образуемых областях подлежали орга-

²⁸ В этом контексте необходимо отметить, что вопрос о необходимости осуществления вывода военного контингента с территории Сирии и Ливана рассматривался в 1946 г. Советом Безопасности Организации Объединенных Наций, который не смог сформировать итоговую позицию по указанному вопросу.

²⁹ В котором впервые в истории Сирии принимали участие женщины, что свидетельствует об ориентации Сирии на передовые демократические примеры организации принятия конституционных актов.

³⁰ А также установлением положений, предусматривающих, что, в случае неполучения ни одним из кандидатов указанного квалифицированного большинства голосов, является необходимым проведение второго этапа голосования, для избрания Президента в котором является необходимым получение каким-либо из кандидатов абсолютного большинства голосов Палаты депутатов, а, в случае неизбрания Президента во втором этапе голосования — третьего этапа голосования, для избрания Президента в котором является необходимым получение каким-либо из кандидатов относительного большинства голосов Палаты депутатов.

низации на смешанной основе областные советы (3/4 состава которых подлежали избранию, а 1/4 — назначению центральной властью).

В 1952 г. в результате осуществления военного переворота было приостановлено действие Конституции 1950 г., и в 1953 г. принята новая Конституция, упразднившая должность премьер-министра и расширившая полномочия Президента (а равно с этим утвердившая прямой общенациональный порядок избрания Президента). В 1954 г. в результате нового военного переворота было восстановлено действие Конституции 1950 г.

В 1958 г. в связи с реализацией интеграционных процессов между Республикой Сирия и Египтом и принятием временной Конституции Объединенной Арабской Республики было приостановлено действие Конституции Сирии 1950 г. Временная Конституция Объединенной Арабской Республики, помимо прочего, утвердила порядок формирования органов государственной власти созданного в результате объединения государства: так, к примеру, орган законодательной власти — Национальная Ассамблея формировался таким образом, что как минимум половина мандатов членов Национальной Ассамблеи подлежала замещению членами парламентов Сирии и Египта (что примечательно, без установления соотношения мандатов между непосредственно представителями Сирии и Египта, что в последствии стало одной из причин аннулирования соглашения об интеграции двух государств в 1962 г. и реставрации действия Конституции Республики Сирия 1950 г.).

В 1963 г. осуществившая военный переворот политическая партия «Партия арабского социалистического возрождения» — Баас организовала введение на территории Республики Сирия чрезвычайного положения (продлившегося вплоть до 2011 г.) и приостановление действия Конституции 1950 г. В 1964 г. Национальным Советом Революционного Командования была принята временная Конституция Сирии. В 1969 г., а также в 1971 г. Национальным Советом Революционного Командования также принимались новые временные конституции Республики Сирия.

В 1973 г. всенародным голосованием была принята новая Конституция Республики Сирия. Конституционными новеллами стали утверждение ведущего значения (роли) политической партии Баас³¹, установление прямой общенациональной процедуры избрания Президента, 7-летнего срока замещения полномочий Президента без установления предельного допустимого количества (в том числе подряд) сроков замещения одним и тем же лицом должности Президента, право назначения Президентом министров без согласования соответствующих

³¹ Что, в свою очередь, обусловило включение в текст Конституции положений о том, что как минимум половина мандатов Парламента (Народной Ассамблеи) подлежит замещению представителями крестьянства и рабочего класса; по представлению политической партии Баас Народной Ассамблеей осуществляется организация выборов Президента.

кандидатур с премьер-министром, возможностью единолично реализовывать полномочия Народной Ассамблеи по принятию законов в период прекращения сессий Народной Ассамблеи (а в исключительных случаях, как то необходимость обеспечения национальной безопасности Сирии, — и в период проведения сессий Народной Ассамблеи) при последующем утверждении принятых в указанном порядке Президентом законов Народной Ассамблеей на первом заседании ближайшей сессии, предусмотрение возможности внесения изменений в Конституцию только по предложению Президента Республики Сирии или не менее 2/3 от общего числа членов Народной Ассамблеи.

В 2012 г. под влиянием оппозиционных сил была принята новая Конституция Сирийской Арабской Республики, из текста которой было изъято положение о ведущем значении (роли) политической партии Баас, в том числе в части такого проявления ведущего значения политической партии Баас как представление кандидатуры Президента для его избрания на общенациональных выборах (однако положения о порядке формирования Народной Ассамблеи, предусмотренные Конституцией 1973 г., были сохранены). Но, несмотря на сложившуюся в Сирии политическую ситуацию, Конституция Сирии 2012 г. предусматривает все исключительные (в рамках сравнения с западными государствами) конституционные полномочия Президента Республики, предусмотренные Конституцией 1973 г. (к примеру, возможность единоличной реализации законодательных полномочий Народной Ассамблеи), что в большей степени и является предметом противоречий так называемых «оппозиционных сил» и действующей публичной политической власти.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Некоторыми общественно-политическими деятелями, а также учеными, в том числе в России, декларируется нелегитимность власти Президента Сирийской Арабской Республики, должность которого в настоящее время замещает Башар Асад. При этом в качестве аргументов приводятся сомнительные «факты» о непринятии гражданами Сирии как результатов референдума 2012 г., по итогам которого были внесены соответствующие изменения в Конституцию Сирии в части устранения ведущей роли политической партии «Партия арабского социалистического возрождения», так и результатов выборов Президента Сирии 2014 г. Однако следует отметить, что при проведении референдума 2012 г. явка голосующих составила около 57,4% от числа обладающих правом голоса граждан, из которых 89,4% проголосовали за внесение соответствующих изменений в Конституцию, что составляет более половины населения Сирии, а на выборах Президента Сирии 2014 г., проводившихся, к слову, на альтернативной основе, в пользу избрания Башара Асада президентом Сирии было отдано около 88,7% голосов избирателей (при явке в почти 2/3 граждан Сирии, обладающих активным избирательным правом), что дает все основания говорить не только о

законности (легальности) действующей власти в Сирии, ввиду соответствия порядка формирования высших властных публичных институтов закону, но и о легитимности — ввиду признания такой власти населением Сирийской Арабской Республики.

Кроме того, в Конституции Сирии 2012 г. закреплено признание Сирией международного правопорядка, Сирийская Арабская Республика является членом Организации Объединенных Наций³², в ряде резолюций, посредством закрепления требований о сотрудничестве Сирии и международных организаций³³, признается ее [Сирии] правосубъектность, что, в свою очередь, позволяет говорить о легитимности власти в Сирии с точки зрения международного правопорядка, так как международным сообществом производится фактическое признание полномочий такой власти.

В совокупности с вышеизложенным необходимо подчеркнуть, что как в рамках господствующего в мировом сообществе подхода, так и ввиду соответствия сложившейся в Сирии ситуации тезису о том, что легитимность той или иной власти определяется такой нравственной характеристикой власти, как доверие и оправдание такой власти со стороны населения, а равно с этим ввиду признания и восприятия большей частью населения Сирии Башара Асада в качестве Президента Сирийской Арабской Республики, а также признания международной правосубъектности Сирийской Арабской Республики действующая власть в Сирии является не только легальной, но и в полной мере легитимной.

При этом представляется, что избранный действующим Президентом Республики вектор развития является наиболее релевантным истории конституционного развития Сирии, ведь различного характера «отклонения» модернизации политической системы рассматриваемого государства, неразрывно следовавшие на протяжении последних исторических периодов и непременно сопровождавшиеся внутрисоциальными конфликтами, не позволяют принять внутрен-

³² Официальный сайт ООН. Страница Парламентской Миссии Сирийской Арабской Республики. URL: <https://www.un.int/syria/> (дата обращения: 25.08.2017).

³³ Так, в п. 7 Резолюции Совета Безопасности ООН № 2118 (2013) о постановке под международный контроль и ликвидации сирийской программы химического оружия от 27 сентября 2013 г. постановлено, что «Сирийская Арабская Республика должна всесторонне сотрудничать с ОЗХО (Организация по запрещению химического оружия) и Организацией Объединенных Наций, в том числе выполняя их соответствующие рекомендации, принимая персонал, назначаемый ОЗХО или Организацией Объединенных Наций, создавая и обеспечивая безопасные условия для осуществления деятельности этим персоналом...», при этом на данную резолюцию делается указание в резолюции 2235 (2015), принятой Советом Безопасности на его 7501 заседании 7 августа 2015 г.: «...напоминает о том, что в своей резолюции 2118 он постановил, что Сирийская Арабская Республика и все стороны в Сирии должны всесторонне сотрудничать с ОЗХО и Организацией Объединенных Наций, и подчеркивает, что это включает обязательство сотрудничать с Генеральным директором ОЗХО и ее миссией по установлению фактов, а также с Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций и совместным механизмом по расследованию...». — Официальный сайт Совета безопасности ООН. URL: <http://www.un.org/ru/sc/> (дата обращения: 25.08.2017).

ней ориентации государства на конституционное мировоззрение³⁴, что, в свою очередь, не позволяет обеспечить как конституционную стабильность, так и стабильность социальную. Для предотвращения текущего и перспективного применения «народного насилия» является необходимым продолжение начавшей свое формирование традиции легального и легитимного³⁵ способов образования (и, как одного из элементов образования новых — прекращение действия предшествующих) высших органов публичной власти государства.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alekseev, S. S. (1998) *Filosofiya prava* [The Philosophy of Law]. Moscow, NORMA (in Russian)
Алексеев С.С. Философия права. М. : НОРМА, 1998.
- Balasubramaniam, R. R. (2008) Indefinite detention: rule by law or rule of law? In: Ramraj, V.V. (ed.) *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge, Cambridge University Press, pp.118–142. Available from: doi: 10.1017/CBO9780511552021.006.
- Bekkers, V., Dijkstra, G., Edwards, A. & Fenger, M. (2007) *Governance and the Democratic Deficit: Assessing the Democratic Legitimacy of Governance Practices*. Aldershot, Ashgate.
- Campbell, D. (1986) Truth Claims and Value-Freedom in the Treatment of Legitimacy: The Case of Weber. *Journal of Law and Society*. 13 (2), 207-224. Available from: doi: 10.2307/1410281.
- Chetvernin, V. A. (1993) *Demokratischeskoe konstitucionnoe gosudarstvo: vvedenie v teoriyu* [The Democratic and Constitutional State: Introduction to the Theory]. Moscow, IGI P RAN publ. (in Russian)
Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М. : Изд-во ИГиП РАН, 1993.
- Chirkin, V. E. (2013) *Konstitucionnaya terminologiya* [The Constitutional Terminology]. Moscow, Norma, INFRA-M. (in Russian)
Чиркин В.Е. Конституционная терминология. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013.
- Coicaud, J.-M. (2004) *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Denisenko, V. V. (2014) *Legitimnost' kak harakteristika sushchnosti prava. Vvedenie v teoriyu: monografiya* [The Legitimacy as the Characteristics of the Essence of Law. Introduction to the Theory]. Moscow, Yurlitinform. (in Russian)
Денисенко В.В. Легитимность как характеристика сущности права. Введение в теорию. М. : Юрлитинформ, 2014.
- Huppes-Cluysenaer, L., Knegt, R. & Lembecke, O. W. (eds.) (2008). *Legality, legitimacy and modernity: reconsidering Max Weber's concept of domination*. 's-Gravenhage, Reed Business.
- Isaev, I. A. (2012) Legitimnost' i legal'nost' v konstitutsionnom protsesse [Legitimacy and Legality in Constitutional Procedure]. *Istoriya gosudarstva i prava* [History of State and Law]. (6), 2–6. (in Russian)

³⁴ О чем и свидетельствует актуальная ситуация в стране — а именно активизация революционных действий некоторых политических и этнических групп.

³⁵ Вне рассмотрения харизматического типа легитимности как основы публичной политической власти, но принятием рационально-легального типа легитимности такой власти в качестве базисной парадигмы ее [публичной политической власти] формирования.

- Исаев И.А. Легитимность и легальность в конституционном процессе // История государства и права. 2012. № 6. С. 2–6.
- Isaev, I. A. (2014) Legal'nost' i byurokratiya [Legality and Bureaucracy]. *Istoriya gosudarstva i prava* [History of State and Law]. (20), 3–8. (in Russian)
- Исаев И.А. Легальность и бюрократия // История государства и права. 2014. № 20. С. 3–8.
- Kelsen, H. (2015) *Chistoe uchenie o prave* [Reine Rechtslehr]. Translated from German by Antonov, M. & Loesov, S. Saint Petersburg, Alef Press Publishing House. (in Russian)
- Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. СПб. : ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015.
- Lipset, S. M. (2005) *Razmyshleniya o legitimnosti* [Reflections on the Legitimacy]. *Apologiya* [Apology]. (5), 95–103. (in Russian)
- Липсет С.М. Размышления о легитимности // Апология. 2005. № 5. С. 95–103.
- Matheson, C. (1987) Weber and the Classification of Forms of Legitimacy. *The British Journal of Sociology*. 38 (2), 199–215. Available from: doi: 10.2307/590532.
- Matuzov, N. I. & Malko, A. V. (2004) *Teoriya gosudarstva i prava* [The Theory of State and Law]. Moscow, Yurist». (in Russian)
- Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М. : Юристъ, 2004.
- McCormick, J.P. (2004) Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt's Legality and Legitimacy. In: Schmitt, C. *Legality and Legitimacy*. Durham, NC, Duke University Press, pp. xii–xliii.
- Megrelidze, M. R. (2008) *Stanovlenie instituta razresheniya administrativno-pravovykh sporov* [Formation of the Institute of Resolve Administrative Disputes]. Moscow, Yurisprudentsiya. (in Russian)
- Мегрелидзе М.Р. Становление института разрешения административно-правовых споров. М.: Юриспруденция, 2008.
- Schmitt, C. (2016) *Ponyatie politicheskogo* [Der Begriff des Politischen]. Translated from German by Shurbelev, A. P. & Korinets, Yu. Yu. Saint Petersburg, Nauka. (in Russian)
- Шмитт К. Понятие политического / А. П. Шурбелев, Ю. Ю. Коринец. СПб. : Наука, 2016.
- Smith, R. W. (1970) The Concept of Legitimacy. *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. (35), 17–29.
- Weber, M. (1990) Osnovnye sotsiologicheskie ponyatiya [Soziologische Grundbegriffe]. In: Weber, M. *Izbrannye proizvedeniya* [Selected Works]. Translated from German by Levin, M. I. Moscow, Progress, pp. 602–643. (in Russian)
- Вебер М. Основные социологические понятия // Вебер М. Избранные произведения / пер. с нем. М. И. Левина. М. : Прогресс, 1990. С. 602–643.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Клишас Андрей Александрович, доктор юридических наук, профессор, Научный руководитель Юридического института Российского университета дружбы народов; заведующий кафедрой теории права и государства; Председатель Комитета Совета Федерации Федерального Собрания РФ по конституционному законодательству и государственному строительству.

ORCID ID: 0000-0002-3472-4926

Контактная информация:

e-mail: klishas_aa@pfur.ru

Для цитирования:

Клишас А.А. Легальность и легитимность публичной политической власти: теоретические аспекты (на примере сирийского вопроса) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 1–20, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-00-00

**LEGALITY AND LEGITIMACY
OF PUBLIC POLITICAL POWER:
THEORETICAL ASPECTS
(ON THE BASIS OF SYRIA)**

Andrey A. Klishas

RUDN University
Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The Article is devoted to theoretical concepts of legality and legitimacy of public political power; it includes analysis of these concepts (including historical aspects of the constitutional evolution) on issues of legality and legitimacy of public political power of the government of the Syrian Arab Republic. The Article includes casual demonstration of vitals of legality and legitimacy of public political power of exercise public political power on Syria territory.

The purpose of this analysis is systematic description of doctrinal approaches to such legal phenomena, as legality and legitimacy of public political power, their correlation, as well as content analysis of such legal phenomena on the example of social condition, existing on the territory of particular state at the certain historical period of its evolution.

As a result of scrutiny of different approaches to the concepts of legality and legitimacy of public political power, the author comes to the conclusion about the necessity take into consideration particular political and legal contexts during making assertion about legality and legitimacy of public political power exercising at the certain period of its evolution.

Specifically, if legal nature of legality of public political power doesn't afford to use any other criteria excepting compliance such authority with positive regulation within particular legal system, then legitimacy of public political power provides latitude in the choice the criteria of the order of legitimacy. Herewith the author formulates particular criteria the presence of which provides an opportunity to determine the character of public political power as legitimacy, such as recognition of legitimacy object by public or authoritative body, compliance the public order considered as legitimacy with positive regulation and with more developed public order.

The Article contains foundation of criteria of legality and legitimacy of public political power exercising on the territory of the Syrian Arab Republic by consideration of the most obvious constitutional peculiarities of the Syrian Arab Republic including the consideration in aspect of the history of constitutional evolution of the state.

Key words: state; public political power; legality; legitimacy; constitutional law; Syrian Arab Republic

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Professor, Scientific Supervisor of the Law Institute, RUDN University; Head, Department of Theory of Law and State; Chairman of the Coun-

cil of the Federation of the Federal Assembly of Russian Federation, Committee on Constitutional Legislation, Legal and Judicial Affairs and Civil Society Development.

ORCID ID: 0000-0002-3472-4926

Contact information:

e-mail: klishas_aa@pfur.ru

For citation:

Klishas, A. A. (2018) Legal'nost' i legitimnost' publichnoi politicheskoi vlasti: teoreticheskie aspekty (na primere siriiskogo voprosa) [Legality and Legitimacy of Public Political Power: Theoretical Aspects (on the Basis of Syria)]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 1–20. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-1-20.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-21-41

НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕЙ — ИММАНЕНТНОЕ СВОЙСТВО УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ И ГЛОБАЛЬНАЯ ЕГО ПРОБЛЕМА

А.А. Тарасов, И.А. Гизатуллин

Башкирский государственный университет
Институт права
450005, Уфа, Россия, ул. Достоевского, 131

Независимость судей — объективно необходимое условие существования судебной власти и правосудия в государстве, оно предполагает свободу каждого судьи в выборе правовой позиции по разрешаемому им делу, как от воли тяжущихся сторон, так и от любого внешнего воздействия. Внешними для судьи являются не только воздействие сторон в рассматриваемом деле или представителей несудебной власти или руководства судов, но и корпоративное влияние со стороны судейского сообщества или ментальная привязанность к корпоративным традициям профессиональных сообществ, к которым ранее принадлежал судья. Подверженность всем этим видам внешнего для судьи влияния представляют равную угрозу для его независимости и для отправления им правосудия. Не меньшую угрозу для правосудия и объективных интересов общества представляет оборотная сторона судейской независимости — судейский произвол.

Оптимальный государственный подход в обеспечении независимости судей предполагает баланс между двумя крайностями — судейской зависимостью от чужого мнения и судейским произволом.

В современном российском законодательстве «независимость судей» определена как принцип всех видов судопроизводства с выделением специальной статьи с таким названием во все процессуальные кодексы. В законах судебной реформы XIX в. словосочетание «независимость судей» вообще не используется, хотя создание действительно независимого суда в условиях абсолютной монархии признается главным достижением этой реформы. Авторы на примере уголовного судопроизводства подчеркивают, что независимость судей обеспечивается вовсе не ее специальным законодательным закреплением или возведением в ранг принципов процесса, не многократным повторением этих слов в разных нормативно-правовых предписаниях и тем более — не призывами к конкретным судьям быть независимыми. Независимость судей может быть обеспечена лишь созданием для ее реализации надежных организационно-процедурных механизмов, часть которых проанализирована в статье. В их числе — расширение состязательных начал в использовании специальных знаний в судебном следствии по уголовным делам, введение элементов судебного следствия в институт особого порядка постановления судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением, определение процессуального значения мотивов отказа государственного обвинителя от обвинения и другие.

Ключевые слова: независимость судей; обеспечение независимости судей; правосудие; судебное разбирательство; уголовное судопроизводство; судебная власть; суд

І. ВВЕДЕНИЕ

В системе уголовной юстиции и в уголовном судопроизводстве задействовано много разнопрофильных государственных органов — органы предварительного расследования, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, прокуратура, органы системы исполнения наказаний и суд. Не умаляя значимости всех этих органов, можно с уверенностью утверждать, что ведущую и незаменимую роль во всей уголовно-процессуальной деятельности играет суд. Предварительное расследование даже в той части, в которую суд никак не вмешивается, осуществляется, по известному замечанию М.С. Строговича, — «до суда и для суда» (Strogovich, 1958:273), прокуратура представляет в суд государственное обвинение и поддерживает его перед судом, служба исполнения наказаний обеспечивает исполнение приговора суда, не имея права сомневаться в его истинности и справедливости. Суд — это по определению олицетворение справедливости и нравственности, это та сила, к которой обращаются в надежде на защиту от произвола и беззакония. Все уголовно-процессуальные институты, в которых так или иначе предусмотрено участие суда, — судебное разбирательство уголовного дела по существу, судебное санкционирование отдельных следственных действий и мер процессуального принуждения, судебный порядок обжалования действий, бездействия или решений органов уголовного преследования, проверочные судебные инстанции и т.д. — основаны на априорном признании суда той силой, представители которой подчиняются только закону и руководствуются при принятии решений исключительно внутренним убеждением, основанным на беспристрастной оценке всех юридически значимых обстоятельств дела и всех собранных по нему доказательств.

Иными словами, формируя любой из таких процессуальных институтов, законодатель исходит из безусловного признания независимости судей как от лиц, участвующих в уголовном деле, так и от всех иных лиц и государственных органов, так или иначе заинтересованных в исходе дела. Нет независимости судей — нет и правосудия. Нет независимости судей — и все перечисленные процессуальные институты теряют свое изначальное предназначение. Судебное разбирательство превращается в формальное подтверждение правильности обвинительных заключений с копированием их текстов в тексты приговоров. Судебный контроль оборачивается «штампованием» ходатайств следователей и дознавателей и «отписыванием» жалоб на их действия. Проверочные судебные инстанции становятся инструментом поддержания «стабильности приговоров», превращенным в самоцель существования судебной системы. Каждый практикующий юрист и каждый добросовестный исследователь знает, насколько легко все описанное воплощается в повседневной российской реальности. Именно поэтому проблема обеспечения независимости судебной власти, судебной системы, судов и судей является ключевой в отечественном правосудии.

Рассматривать эту межотраслевую проблему применительно к уголовному судопроизводству наиболее продуктивно по нескольким причинам. Во-первых, здесь в подавляющем большинстве дел присутствует государственный (не только в смысле «публичный», но и в смысле «ведомственный») интерес, носителем которого выступают органы уголовного преследования. Во-вторых, заведомое организационно-административное неравенство сторон обвинения и защиты порождает их неравенство в возможностях реализации даже имеющихся процессуальных прав. В-третьих, в уголовном судопроизводстве, как нигде, создаются наиболее благоприятные условия для подмены разных видов публичных интересов: общественного (то есть объективно совпадающего с интересами общества), государственного (то есть представленного в процессе конкретным государственным органом) и ведомственного (то есть обусловленного ведомственной отчетностью конкретного подразделения этого государственного органа). На такой подмене основаны многие стереотипы профессионального правосознания значительной части государственных служащих, в том числе и некоторых судей: подсудимые не отличаются от обвиняемых, а те и другие — от преступников; адвокаты не заслуживают доверия, поскольку они своей правовой позицией деньги зарабатывают, а прокуроры — служат государству и народу и потому говорят в суде только правду; по этой же причине государственные эксперты дают объективно более правильные заключения; если человек виновен в совершении преступления, то не так уж важно, насколько законными средствами доказывалась эта виновность, и т.д. Зависимость от этих стереотипов, строго говоря, в той же мере несовместима с независимостью судей, как и подчинение их «телефонному праву», административному или коррупционному влиянию.

II. НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕЙ В СИСТЕМЕ РЕАЛИЗАЦИИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Все исследователи, занимавшиеся проблемами судебной власти, отмечали ее особый статус в системе разделения властей. При равенстве с остальными ветвями государственной власти власть судебная все же призвана выступать арбитром, разрешающим социальные конфликты, в том числе и с участием двух других властей — законодательной, если она принимает закон, не соответствующий конституции страны, и административными органами любого уровня и профиля. Известный германский специалист по конституционному праву Конрад Хессе (Hesse, 1981:267) писал, что решения законодательной и исполнительной властей не являются в полной мере независимыми, «поскольку подчинены оговорке судебного решения».

Судебную власть реализует судебная система, которая играет в государственном аппарате столь же особую роль, обусловленную природой самой судебной власти.

«С одной стороны, ее исправное функционирование укрепляет государственную власть, а с другой — она призвана эту власть ограничивать, охранять права и свободы граждан от любых посягательств, в том числе и со стороны государственных органов... Существование у суда качеств органа государственной власти и арбитра, разрешающего конфликты, одной из сторон которых является та же самая государственная власть, делает явно недостаточным простое декларирование его независимости даже на уровне конституционного принципа» (Mikhailovskaya, 2008:7).

Очевидна необходимость обеспечения со стороны государства не только формального обособления судебной ветви власти, но и внедрения комплекса механизмов и гарантий, способных сделать эту власть сильной и независимой. В то же время, какой бы независимой ни была судебная власть, она всегда была и будет элементом всего государственно-правового механизма. Последнее обстоятельство дает основания считать, что суды, в принципе, не могут быть абсолютно независимыми, если они существуют в единой системе государственных органов, на что также справедливо обращалось внимание в специальной литературе (Chirkin, 1998:257).

Любой правитель, рассчитывающий на поддержку населения страны, заинтересован в том, чтобы суды хотя бы формально обладали независимостью и умели ее продемонстрировать в своих решениях. Суды с момента их возникновения в истории человечества были призваны осуществлять правосудие, то есть деятельность, воплощающую в себе некое усредненное общественное представление о справедливости. В развитых правовых системах демократических государств суды могут позволить себе принимать решения, противоречащие отдельным властным решениям глав государств и правительств. В тоталитарных государствах суды прямо участвуют в реализации политических решений правящей элиты. Но при этом ни один из правителей и ни в каком государстве не рискнет официально признать зависимость судей, судов и судебной системы от чьей бы то ни было личной политической воли. Напротив, любое политически ангажированное судебное решение гораздо удобнее использовать в политических целях, постоянно подчеркивая, что оно исходит от независимой судебной власти.

Правосудие как вид государственной деятельности и как официальное олицетворение справедливости всегда в истории человечества ставилось во главу угла всех социальных преобразований. Тот, кто обладает властью в разрешении правовых конфликтов, обладает властью как таковой. В числе основных положений Великой Хартии вольностей (1215 г., Англия) — лишение королевских чиновников, кроме собственно судей, права выполнять судебские функции — и это был действенный способ ограничения королевской власти Иоанна Без-

земельного (Danziger & Gillingham, 2005:268; Turner, 2009:149; Lewis, 1990:236; McGlynn, 2013:137). В преамбуле к Конституции США (1787 г.) народ Соединенных Штатов («*We the people of the United States...*»)¹, принимающий ее, называет цель «установить правосудие» на втором месте после главной цели создания государства — «образовать более совершенный Союз» (Forkosch, 1968:644–712; Schmitt, 2008:77–79; Orgad, 2010:719). Общество нуждается в независимых судах и судьях, потому что оно нуждается в правосудии. С этой глобальной точки зрения независимость судей представляется бесспорной социальной ценностью.

Однако парадокс состоит в том, что в независимости судей заинтересовано только общество в целом. Участники самих судебных процессов, то есть носители правовых интересов в разрешаемых судами социальных конфликтах, прежде всего, нуждаются в том, чтобы восторжествовал их собственный интерес в конкретном деле. С субъективной точки зрения каждого из участников судебных процессов настоящее правосудие как раз и состоит в том, чтобы защищать их собственный интерес.

И общество в целом, и каждый участник судебных процессов в равной степени заинтересованы также в том, чтобы быть огражденными от своеволия самих судей и злоупотреблений с их стороны. Между тем судейский произвол — это не что иное, как оборотная сторона судейской независимости.

Известный русский юрист Я.И. Баршев еще до великих реформ Александра II писал:

«Чтобы коренное начало правды, лежащее в основании уголовного судопроизводства, осуществилось во всей его силе и действительности, для этого необходимо: 1) Чтобы было устранено и запрещено всякое *самоуправство* со стороны частных лиц, и отправление уголовного правосудия было вверено постоянным, самостоятельным, имеющим все нужные для того качества, *судам*. 2) От уголовного судопроизводства должно быть устранено всякое влияние на него и действие на него *частного* произвола. 3) Оно не должно быть предоставлено одному только *судебному произволу*: напротив, он должен быть по возможности ограничен и устранен посредством предписания судам известных форм и образа действия. 4) *Главная форма* уголовного судопроизводства должна быть такова, чтобы она с одной стороны служила к открытию истины, а с другой делала возможным строгий контроль над уголовно-судебным делопроизводством. 5) Вообще нужно, чтобы со всех сторон был обеспечен правильный суд о вине или невинности подсудимого» (Barshev, 2001:42–43).

Столь подробную цитату из известной книги 1841 года издания ординарного профессора Императорского Санкт-Петербургского университета, доктора прав Я.И. Баршева мы здесь приводим для того, чтобы проиллюстрировать сле-

¹ Конституция Соединенных Штатов Америки. Режим доступа: https://www.americanbar.org/groups/public_education/initiatives_awards/constitution_day/constitution_text.html. Дата обращения: 18.11.2017.

дующее. Во-первых, проблема поиска баланса между судебской независимостью как бесспорным социальным благом и судебским произволом как столь же бесспорным социальным злом была актуальной всегда. Во-вторых, в специальной учебно-научной литературе тех лет вечная интеллигентская мечта о независимом и ответственном правосудии, стремящемся к «открытию истины» по каждому уголовному делу, сочетается в реальной дореформенной России с массовой коррумпированностью судебных чиновников всех уровней, волокитой и бюрократизмом судебного делопроизводства, что нередко называлось в числе главных причин судебной реформы. Наконец, в-третьих, Я.И. Баршев видит единственную защиту от возможного судебного произвола в установлении оптимальной процессуальной формы судопроизводства, которую сам он, впрочем, не берется сконструировать, а лишь ограничивается своими, самыми общими пожеланиями о судебном процессе, построенном на «коренном начале правды».

Все сказанное не потеряло своей актуальности и по сей день. Объективно необходимая независимость судебной власти в демократически организованном обществе, признающем принцип разделения властей, — это не то же самое, что независимость конкретных судей при отправлении правосудия по конкретным делам. Признание государством самостоятельности и независимости судебной власти способно обеспечить законодательные и организационно-финансовые основы независимости судебной системы, выстроенной по лучшим мировым образцам. Однако, как верно отмечала И.Б. Михайловская (Mikhailovskaya, 2008:18), «независимость — это внутреннее, психологическое состояние, отражающее систему ценностей, разделяемых данным лицом, и находящееся вне сферы правового регулирования». То есть сама по себе независимость судебной власти и соответствующая ей организация судебной системы отнюдь не гарантирует независимости судей. Более того, проблему независимости судей нельзя решить раз и навсегда: в сфере судебной деятельности всегда находят свою реализацию наиболее существенные интересы отдельных представителей общества и социальных групп. И среди носителей этих интересов всегда найдутся такие, кто захочет склонить весы Фемиды на свою сторону, используя для этого самые разные рычаги давления. И в этих условиях только разумный и понятный всем участникам процедурный механизм судопроизводства способен обеспечить не только независимость конкретного судьи, но и наглядную демонстрацию этой независимости любому желающему.

Под словом «правосудие» понимаются хотя и связанные между собой, но не в полной мере совпадающие социально-правовые явления: 1) **правосудие** — это **социально-правовой феномен**, характеризующий такое состояние общества, при котором с помощью всех государственных органов, и в первую очередь — судов, обеспечивается верховенство права, охрана и защита прав и свобод человека и гражданина, справедливое разрешение любых социальных конфликтов в сфере права в случаях их возникновения; 2) **правосудие** — это особый правозащитный **организационно-процедурный механизм**, который должен

быть доступен любому человеку, считающему нарушенными свои гражданские права и свободы, и достаточно эффективен для обеспечения защиты этих прав и свобод. Образован этот механизм, во-первых, системой особых государственных органов — судов, к исключительной компетенции которых Конституцией и федеральным законом отнесено рассмотрение и разрешение разного рода судебных дел, а во-вторых — комплексом процедурных правил, обеспечивающих его доступность, эффективность и подконтрольность гражданскому обществу; 3) **правосудие** — это **вид государственной деятельности**, службы, связанной с судебным разбирательством уголовных, гражданских и арбитражных дел, дел об административных правонарушениях, разрешение Конституционным Судом РФ вопросов о соответствии Конституции России отдельных законов или иных нормативно-правовых предписаний.

На каждом из этих уровней понимания правосудия существует собственный образ независимости судей, заслуживающий отдельного рассмотрения. Когда речь идет о правосудии как о социально-правовом феномене, независимость судей рассматривается как бесспорное социальное благо, как неперемное условие справедливого разрешения правовых конфликтов между людьми и их объединениями.

Если говорить о правосудии как об организационно-процедурном механизме, то обеспечение независимости судей как составного элемента такого механизма состоит в установлении организационно-правовых гарантий, которые позволяют судебной системе быть самостоятельной во внутренних делах, реализовывать свою деятельность без вмешательств законодательной и исполнительной ветвей власти, а судьям вершить правосудие без давления извне.

Если рассматривать правосудие как реальную государственную деятельность по разрешению правовых конфликтов (например, уголовных дел), независимость судей выступает как совокупность процедурных правил, дающих каждому судье возможность при разрешении дела руководствоваться только законом и собственным внутренним убеждением. В этом понимании правосудия гарантии судейской независимости должны иметь сугубо процедурное содержание.

Когда государство декларирует независимость судебной власти и закрепляет это в Основном законе страны и во всех других нормативных правовых актах разной юридической силы, оно не может исключить со стопроцентной уверенностью, что какие-то конкретные судьи осуществляют свою деятельность не в полном соответствии с этими декларациями. И каждому конкретному гражданину, чье дело рассматривается в суде, важно вовсе не то, провозглашена ли независимость судей принципом чего бы то ни было, ему важно, какие властные решения примет конкретный судья по его делу. Коррупционное воздействие на судей тоже вовсе не предполагает воздействия на всю судебную систему в стране, здесь вполне достаточно «заинтересовать» ограниченный круг конкретных судей, рассматривающих конкретные дела.

На глобальном государственно-правовом уровне независимость судебной власти означает столь же глобальные меры ее обеспечения. На этом уровне ведутся дискуссии о месте судебной системы в бюджетном процессе страны, об организации взаимодействия верховных органов судебной власти и властей законодательной и исполнительной, о месте решений самих высших судебной органов в системе правовой регламентации всей судебной деятельности и т.д. (Chernyavskii, 2004:4; Mizulina, 1991:171). На этом уровне представители судебного сообщества утверждают даже, что «правосудию нужна собственная профессура», предлагая обособить научные исследования и образование в системе правосудия от юридических науки и образования в стране. Все это, конечно, касается отправления правосудия по конкретным делам, но весьма косвенно.

Организационно-правовое обеспечение функционирования судебной системы само по себе не гарантирует даже наличия в стране независимой судебной власти. Нельзя не согласиться с И.Б. Михайловской, верно отмечавшей, что судебные органы

«существовали и существуют в любой из форм организации государственной власти... Поэтому само по себе наличие судов, а также тех или иных правил разрешения возникающих в обществе конфликтов еще не свидетельствует о наличии феномена судебной власти... Судебная власть не может существовать без судебной системы. Однако наличие системы судебных органов еще не говорит, что в данном государстве есть судебная власть» (Mikhailovskaya, 2008:7).

Формирование судебной системы, равно как и издание законов разного уровня и юридической силы — это необходимые, но недостаточные способы обеспечения независимости судебной власти и судей. Ни для кого не секрет, что законодательные положения о независимости судей могут оставаться лозунгами, благими пожеланиями, призывами к одним и словесными клятвами перед другими с большей степенью вероятности, чем любые другие, ибо эти законоположения сами по себе, как правило, никого ни к чему не обязывают.

III. НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕЙ КАК ГАРАНТИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ

Общее правило о независимости судей и подчинении их только закону содержится в российской Конституции. Согласно общему принципу разделения властей, закрепленному в ст. 10, «органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны». При этом в соответствии с ч. 1 ст. 120 Конституции России «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». Как видим, в Конституции тоже проведено смысловое разграничение понятий «самостоятельность судебной власти» и «независимость судей». В отраслевом процессуальном законодательстве правила о самостоятельности судебной власти, по понятным причинам,

нет, а вот правило о независимости судей продублировано во всех отраслевых процессуальных законах (ст. 5 Арбитражного процессуального кодекса, ст. 8 Гражданского процессуального кодекса, ст. 8.1 Уголовно-процессуального кодекса, ст. 7 Кодекса административного судопроизводства).

Формулировки отраслевых процессуальных кодексов, в целом, не отражают никакой отраслевой специфики, что, на наш взгляд, ставит под сомнение необходимость специального закрепления их как принципа, соответственно, административного, гражданского, арбитражного или уголовного процесса. На момент включения в УПК РФ принципа независимости судей (июль 2013 г.) его текстуальное выражение оказалось гораздо объемнее и подробнее, чем в других процессуальных кодексах, что, впрочем, также не приблизило его к отражению хоть какой-то уголовно-процессуальной специфики. Приведем его полностью:

«Статья 8.1 Независимость судей. 1. При осуществлении правосудия по уголовным делам судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. 2. Судьи рассматривают и разрешают уголовные дела в условиях, исключающих постороннее воздействие на них. Вмешательство государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц или граждан в деятельность судей по осуществлению правосудия запрещается и влечет за собой установленную законом ответственность. 3. Информация о внепроцессуальных обращениях государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц или граждан, поступивших судьям по уголовным делам, находящимся в их производстве, либо председателю суда, его заместителю, председателю судебного состава или председателю судебной коллегии по уголовным делам, находящимся в производстве суда, подлежит преданию гласности и доведению до сведения участников судебного разбирательства путем размещения данной информации на официальном сайте суда в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет” и не является основанием для проведения процессуальных действий или принятия процессуальных решений по уголовным делам».

Нетрудно заметить, что если словосочетание «уголовные дела» заменить на любое другое, обозначающие любые другие судебные дела, содержание статьи от этого никак не изменится. Нельзя не обратить внимания и на тот момент, что в статье, помещенной в главу 2 УПК «Принципы уголовного судопроизводства», содержится набор сугубо канцелярских правил, которые, по большому счету, не имеют отношения к собственно производству по уголовным делам — внепроцессуальные обращения и не должны порождать процессуальных последствий, а вопрос о том, как с ними поступать, к собственно уголовному процессу тоже не относится.

Судебная реформа второй половины XIX в. в условиях абсолютной монархии установила новый, неизвестный России до этого образ независимого и справедливого суда. Необходимость обеспечения независимости судей являлась

ключевой задачей судебных преобразований тех лет. Так, М.В. Немытина, оценивая успешность решения данной задачи, пишет, что «ни одно должностное лицо, включая царя, не могло вмешиваться в решение судом уголовных и гражданских дел» (Nemytina, 1999: 48).

Важно подчеркнуть, что в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. отсутствовала какая-либо специальная норма, в которой провозглашалась независимость судей и вообще использовалось это или какое-то подобное ему словосочетание. И это при том, что на судью при производстве по уголовным делам возлагалась ответственность за принятие властного решения в некоторых случаях с гораздо большей, чем ныне, свободой усмотрения. Так, например, в ст. 12 Устава допускалось применение материального уголовного закона по аналогии («на общем смысле законов», «коими судимое деяние воспрещается»), которое сейчас, как известно, не допускается. В ст. 13 Устава судье «воспрещалось останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности или противоречия» этих законов под страхом уголовной ответственности «за противозаконное бездействие власти». В ст. 239 Устава содержалось правило о разрешении судом сомнений о подведомственности дела «правительственным или судебным установлениям», что также требовало исключительной ответственности судьи за принимаемое решение и за его независимость от исполнительной власти.

Не используется словосочетание «независимость судей» и в Учреждении судебных установлений, которое определяют статус судей, порядок замещения ими должностей, получение денежного, квартирного содержания, что сегодня принято называть гарантиями независимости судей. При этом в ст. 225 Учреждения сказано, что каждый, назначенный впервые на должность судьи, приводится к присяге «духовным лицом своего вероисповедания», а в специальном Приложении II приводился текст такой присяги, сориентированный на христианское вероисповедание. В этом тексте наряду с клятвой хранить верность Его Императорскому Величеству (указом которого, к слову, судьи назначались на свои должности) содержалось обещание «творить суд по чистой совести безо всякого в чью-либо пользу лицепрятия и поступать во всем соответственно званию, мною принимаемому». Судья, поступающий на должность, обещал помнить, что он во всем должен будет дать ответ «пред законом и пред богом на страшном суде его».

Сказанное позволяет считать, что независимость судей воспринималась авторами Уставов как свойство, имманентное самому высокому званию судьи, не нуждающееся ни в каких дополнительных процедурных, а тем более — в каких-то особых канцелярских «подпорках»: либо ты судья и ты независим, либо ты просто не судья. Присягая на верность Императору, судья, тем не менее, обращается к высшей силе — к Богу, перед которым он и даст ответ в первую очередь. Кривить душой в присутствии священнослужителя, как, впрочем, и забывать о данном перед Богом обещании было не принято.

Такое отношение к вере было неотъемлемой частью менталитета представителей всех российских конфессий. Однако главное в другом: не употребляя словосочетания «независимость судей», не давая ему легального определения, не пытаясь очертить какие-то формализованные рамки судейской независимости, законодатель закрепляет организационно-процедурные механизмы ее реализации в каждом уголовном деле. Так, в ст. 249 Учреждения судебных установлений определены ступени и общие правила «судебного надзора» вышестоящих судов над деятельностью нижестоящих, в соответствии с которыми только сами суды и только в пределах их строго очерченных полномочий вправе пересматривать судебные решения нижестоящих судов. Для судебной реформы XIX в. это законоположение определяло автономность судебной власти в отправлении правосудия, что в условиях абсолютизма казалось почти невозможным, но постепенно во исполнение именно монаршей воли воплощалось в действительность. Независимая судебная власть строилась не призывами к проявлениям независимости, а созданием организационно-процедурных условий для нее.

Ответственность судьи перед Богом «на страшном суде его» и соответствующий текст судейской присяги выглядят несовременными и не согласуются с концепцией светского государства. Время само собой стерло религиозный пафос с обряда посвящения в судьи. Текст современной присяги судьи предельно прост и лаконичен, а произносится он под Государственным флагом России и в присутствии собственных коллег-судей. Но обращение к описанным историческим аналогиям сегодня необходимо для того, чтобы подчеркнуть, что судья — не чиновник, что над ним нет начальников, ни вне, ни внутри судебной системы. Действия и решения судьи не могут определяться ни политической, ни ведомственной конъюнктурой, а должны приниматься только на основании закона, в соответствии с совестью самого судьи и общепринятыми универсальными представлениями о добре и зле.

В юридической науке о независимости судей как о гарантии правосудия много говорили и писали всегда. Особенно интерес к этой проблематике обострялся в периоды реформ разного рода и масштаба. В начале 90-х гг. прошлого столетия, в эпоху начала постсоветской судебной реформы, Т.Г. Морщакова писала: «Нельзя не заметить, что в ходе широких дискуссий о судебно-правовой реформе обнаружился определенный крен от научной проработки вопросов в сторону публицистических выступлений, а иногда и чисто публицистических методов «завоевания большинства» (Morshchakova, 1990:7). Со сказанным трудно не согласиться и сегодня.

Подчеркнем, что для научных публикаций по проблемам именно уголовного правосудия публицистический, если не сказать популистский, акцент почему-то наиболее характерен. Так, например, З.Д. Еникеев и Р.К. Шамсутдинов, рассуждая о важности профессионализма и нравственности судей для эффективного осуществления правосудия, приводят обширный перечень челове-

ских качеств, обладание которыми свидетельствует о «профессионализме» и «нравственности» (Enikeev & Shamsutdinov, 2006:202–203). В этом перечне нашлось место для очень многих личностных характеристик: «целеустремленность», «энергичность», «решительность», «проницательность», «психическая выносливость», «умение преодолевать стрессовые ситуации», «моральная чистота», «милосердие», «сострадание», «терпение» и т.д. (Enikeev & Shamsutdinov, 2006:207).

Чтобы перечислить все свойства, которыми должен обладать судья для того, чтобы эффективно вершить правосудие, не хватит, возможно, и целой книги. Однако это перечисление не способно приблизить исследователя к решению глубоко процессуальной проблемы: как, с помощью каких процедурных правил можно исключить внешнее воздействие на внутреннее убеждение судьи при разрешении конкретного уголовного дела?

Независимость судьи — это, безусловно, его личностный выбор, который невозможно обеспечить одними лишь нормативно-правовыми предписаниями. Судья не существует вне судейского сообщества, вне корпоративных обязательств внутри судебной системы и вне процедур, в которых осуществляется вся уголовно-процессуальная деятельность. Внешне безобидно выглядит привычка многих современных российских судей советоваться с судьями вышестоящих судов перед вынесением решения, спрашивать у судей контрольных инстанций, «устойт» ли конкретное решение в случае его пересмотра и каким оно должно быть, чтобы «устояло». Такого рода «консультации» давно стали деловым обыкновением во многих российских судах, и о каких-либо посягательствах на судейскую независимость в таких случаях не принято даже задумываться.

Зависимость от мнения начальников или коллег — это, главным образом, личностная особенность конкретного судьи, результат его собственного выбора. В большинстве других случаев — это тоже личный выбор судьи, однако здесь обратим внимание на то, что некоторые процедурные правила производства по уголовным делам и сложившаяся практика их применения нередко сами по себе выступают дополнительными факторами, посягающим на свободу судейского усмотрения. Каждый оправдательный приговор является поводом для проведения совещаний внутри самого судейского сообщества, тогда как обвинительные приговоры им же рассматриваются как норма. По сложившейся практике доказательства вопреки требованиям закона имеют заранее установленную силу — например, признание обвиняемым своей вины по-прежнему способно перевесить любое другое доказательство, а заключение эксперта при практически полном отсутствии состязательности в процедурах назначения и производства экспертиз вообще приобретает силу некоего абсолютизированного доказательства.

IV. ОСОБЕННОСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕЙ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Судейская независимость в конкретных процедурах производства по уголовным делам подвергается испытанию на прочность гораздо чаще, чем может показаться. Так, например, исследуя в судебном заседании заключение судебно-медицинского эксперта о причине смерти и видя в нем внутренние противоречия или несоответствие другим доказательствам, судья выбирает между согласием с этим, уже имеющимся в деле документом, и многими трудоемкими процедурами, позволяющими его проверить. В первом случае от судьи требуется лишь огласить в судебном заседании текст этого заключения (ч. 1 ст. 285 УПК РФ) (нередко на практике — только в части выводов) и обеспечить соответствующую запись в протоколе и в приговоре. В случае несогласия требуется вызвать в суд эксперта (ст. 282 УПК РФ), допросить его с участием сторон, возможно, объявить перерыв для подготовки ответов (ч. 3 ст. 282 УПК РФ) возможно, дать повод для заявления новых ходатайств обеим сторонам, возможно, назначить дополнительную или повторную экспертизу (ч. 4 ст. 283 УПК РФ), возможно, произвести эксгумацию трупа и т.д. Далеко не всякий судья способен сделать выбор в пользу кропотливого собирания новых доказательств в таком случае, обрекая себя еще и на дополнительные временные затраты. И такой же выбор возникает перед каждым судьей по поводу каждого или почти каждого доказательства, собранного в досудебном производстве. И это при том, что до суда доказательства собирались при несомненном властном преимуществе стороны обвинения. Психологическая природа обвинительного уклона в таких условиях предельно проста: обвинительные выводы суда требуют гораздо меньше усилий и времени. Независимость судей, как и независимость вообще, требует труда, смелости и профессионализма. Однако при действительно равном доступе обеих состязющихся сторон к доказыванию в досудебном производстве, например, при наличии у стороны защиты возможности представить в суд альтернативное мнение носителя специальных знаний для обеспечения его конкуренции на равных с заключением эксперта, представленным стороной обвинения, суду будет достаточно сделать выбор между более и менее обоснованным мнением. По результатам оценки того и другого суд сам решит, как ему поступить дальше — поверить кому-то из тех сведущих лиц, кто уже высказал свое мнение, или обратиться к третьему специалисту. Законодательное предпочтение в этом случае суд должен будет мотивировать в своем решении.

Процессуальная независимость судей и подчинение их только закону предполагают способность судьи следовать своему внутреннему убеждению при оценке доказательств и при принятии любых процессуальных решений (Polyanskii, 1956:91; Strogovich, 1968:126; Poberezhnyi, 1993:15; Bozh'ev, 2011:82). Сказанное касается любых судебных процедур, в том числе, например, особого порядка постановления приговора (глава 40 УПК РФ). Известно, что внутрен-

нее убеждение судьи формируется в процессе исследования обстоятельств дела (Strogovich, 1955:115), которое и обеспечивает состояние уверенности в правильности своих выводов (Zhogin, 1973:474). Нельзя не видеть противоречия в том, что при рассмотрении дел в особом порядке нет судебного следствия, то есть исследования доказательств в уголовно-процессуальном смысле. Однако внутреннее убеждение судьи должно быть сформировано и выражено и в приговоре, постановленном и по правилам главы 40 УПК РФ.

Порядок проведения судебного заседания и постановления приговора в отношении подсудимого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве (глава 40.1 УПК РФ), также не предусматривает исследование судом доказательств по уголовному делу. В отличие от России, где институт досудебного соглашения появился сравнительно недавно, в уголовно-процессуальном законодательстве некоторых западных государств данная компромиссная процедура, условно именуемая «делкой с правосудием», существует более ста лет. Несмотря на это, некоторые исследователи продолжают видеть в практике реализации англо-американской модели досудебного соглашения опасность возникновения негативных для суда последствий, ввиду полной свободы стороны обвинения в определении условий сделки. Например, в уголовном процессе США прокурор не ограничен в выборе условий заключения досудебного соглашения и, не имея достаточных доказательств по уголовному делу, может сделать необоснованно льготные предложения обвиняемому, в то время как судьи при рассмотрении дела связаны с состоявшимися «договорными» условиями и не имеют полномочий по их изменению (Turner, 2012:103–105). Данное обстоятельство может подрывать справедливость составления соглашения, ввиду законной возможности прокурора идти на любые уступки в отношении обвиняемого, в условиях преследования единственной, ведомственной цели — отправления уголовного дела в суд. Попытки разрешения этой проблемы путем ограничения свободы усмотрения прокурора при заключении сделок в отдельных штатах (Covey, 2008:61–65; Carns & Kruse, 1991:27–69; Weninger, 1987:296; Wright & Miller, 2002:61–66) не были успешными (Turner, 2012:103–105).

Нельзя исключать возможность возникновения указанной ситуации в отечественной правоприменительной практике по причине аналогичной процессуальной свободы и бесконтрольности прокурора в определении условий досудебного соглашения.

В этом же контексте рассмотрим институт полного или частичного отказа государственного обвинителя от обвинения, который по закону является обязательным для суда и влечет прекращение уголовного дела или уголовного преследования соответственно полностью или в части (ч. 7 ст. 246 УПК РФ). Внутреннее убеждение самого суда в данном случае не имеет процессуального значения, ибо суд обязан принять мнение стороны обвинения, независимо от тех выводов, к которым пришел сам. Требование закона об изложении государственным обвинителем мотивов отказа от обвинения также не имеет значения для

определения позиции суда: какими бы ни были эти мотивы, как бы сам суд ни оценивал их убедительность, он обязан прекратить уголовное преследование в соответствующей части.

Некоторые сложности с формированием и реализацией внутреннего убеждения судьи возникают в случаях формулирования судьей, входящим в коллегиальный состав суда, особого мнения по содержанию приговора или иного судебного решения (ч. 5 ст. 301 УПК РФ). В действующем уголовно-процессуальном законе такая ситуация предусмотрена в самой общей форме, а разрешение ее не урегулировано вовсе никак, хотя сам факт наличия в судебской коллегии особого мнения одного из судей — это, как минимум, констатация разумных сомнений в правильности принятого судом решения, а все сомнения, которые не удалось устранить, должны толковаться в пользу подсудимого (ч. 3 ст. 14 УПК РФ). На практике особые мнения судей встречаются не так часто, и единого подхода к разрешению возникшего противоречия до настоящего времени не найдено. И здесь судья, обладающий собственной независимой позицией по делу, тоже оказывается перед выбором: пойти ли на конфликт с коллегами или с самим собой, при том, что собственное особое мнение также не имеет никакого процессуального значения, поскольку процессуальных последствий само по себе не порождает. Психологически проще молча подписать то, с чем не согласен.

Вопрос о независимости судей в реальной практике нередко увязывается со многими проблемами доказывания в состязательном уголовном процессе. Пассивность или недостаточный профессионализм сторон в доказывании юридически значимых обстоятельств дела ставит судью перед непростым выбором: либо признать доказанным или недоказанным что-то вопреки собственному убеждению, либо активно включиться в выяснение фактических обстоятельств по собственной инициативе. Собираание доказательств судом оценивается многими российскими специалистами как выполнение несвойственной ему функции (Lazareva, 2007:98–102; Mikhailovskaya, 2006:56–57; Petrukhin, 2001:72–81; Lupinskaya, 2004:252). При этом известно, что в уголовном процессе США, который по праву определяют как образец чистого состязательного судопроизводства, суд в части доказывания имеет достаточные полномочия, в том числе — и право по собственной инициативе вызвать свидетеля (Astafiev, 2013:333–334). Такого права у нашего судьи нет, хотя за законность и обоснованность постановленного им решения отвечает именно судья.

В противоречие со свободой внутреннего убеждения судьи, а значит — и с его независимостью, вступает правило ст. 90 УПК РФ о преюдиции: судья обязан признавать без дополнительной проверки обстоятельства, установленные ранее вступившим в законную силу приговором по другому уголовному делу и судебными решениями в рамках гражданского, арбитражного и административного судопроизводства. Древний принцип *res iudicata*, обязывающий уважать и признавать состоявшееся судебное решение, апробирован временем и

является основой правосудия в любом государстве (Dikarev, 2016:103–104). Но нельзя не заметить и его противоречия с принципом свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению, что тоже отмечено в литературе (Nurbaev, 2014:23). Между тем правосудие в равной мере основано на обоих этих принципах.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итог, следует сформулировать некоторые выводы.

1. Независимость судей является бесспорной социальной ценностью лишь для общества в целом. На уровне конкретных носителей правовых интересов в разрешаемых судами конфликтах независимость судей важна значительно менее, чем удовлетворение собственных интересов. Именно поэтому проблема независимости судей всегда будет в центре внимания юридического сообщества и всегда будет порождать полемику в юридической науке.

2. Независимость судей как объективно необходимое условие существования правосудия в любой стране имеет свою негативную противоположность — судейский произвол, который представляет для правосудия не меньшую угрозу, чем зависимость судей от кого бы то ни было. Процессуальная форма отправления правосудия должна одновременно обеспечивать и независимость судей, и гарантии от судейского произвола для всех заинтересованных лиц.

3. Апелляция к личностным качествам конкретных судей в обеспечении независимости судей и подлинного правосудия — необходимый, но, в целом, экстенсивный способ решения проблемы судейской независимости. Обеспечивать независимость судей должны, в первую очередь, организационно-правовые условия их деятельности и процедуры судопроизводства.

4. К числу организационно-процедурных механизмов обеспечения независимости судей относится, например: определение в законе процедуры оценки и реализации «особого мнения» судьи в коллегиальном составе суда, определение процессуальных последствий изложения государственным обвинителем мотивов отказа от обвинения; расширение состязательных начал в процедурах назначения и производства экспертиз по уголовным делам как в судебном, так и в досудебном производстве. Этот перечень обширен и разнообразен. Формирование его требует специального отраслевого и сравнительно-правового исследования.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Astafiev, A. Yu. (2013) Protsessual'naya nezavisimost' sud'i kak sub»ekta dokazyvaniya: predely diskretionnykh polnomochii [Procedural Independence of a Judge as a Subject of Proving: The Limits of Discretionary Powers]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo* [Proceedings of Voronezh State University. Series: Law]. (1), 327–339. (in Russian)

- Астафьев А.Ю.* Процессуальная независимость судьи как субъекта доказывания: пределы дискреционных полномочий // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2013. № 1(14). С. 327–339.
- Barshev, Ya. I. (2001) *Osnovaniya ugovnogo sudoproizvodstva s primeneniem k rossiiskomu ugovnomu sudoproizvodstvu* [Grounds for Criminal Procedure with Application to Russian Criminal Process]. Moscow, LeksEst. (in Russian)
- Баршев Я.И.* Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. М. : «ЛексЭст», 2001.
- Bozh'ev, V. P. (ed.) (2011) *Ugolovnyi protsess* [The Criminal Procedure]. Moscow, Yurait. (in Russian)
- Уголовный процесс / под ред. В. П. Божьева. М. : Юрайт, 2011.
- Carns, T. W. & Kruse J. (1991) A Re-Evaluation of Alaska's Plea Bargaining Ban. *Alaska Law Review*. 8 (1), 27–69.
- Chernyavskii, V. (2004) Sudebnaya vlast' dolzhna poluchit' pravo na samostoyatel'nost' v byudzhetnom protsesse [The Judicial Authority Should Receive the Right to Independence in the Budgetary Process]. *Rossijskaja justiciya* [Russian Justitia]. (4), 2–4. (in Russian)
- Чернявский В.* Судебная власть должна получить право на самостоятельность в бюджетном процессе // Российская юстиция. 2004. № 4. С. 2–4.
- Chirkin, V. E. (1998) *Konstitucionnoe pravo: Rossiya i zarubezhnyi opyt* [The Constitutional Law: Russia and Foreign Experience]. Moscow, Zertsalo. (in Russian)
- Чиркин В.Е.* Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М. : Зерцало, 1998.
- Covey, R. D. (2008) Fixed Justice: Reforming Plea Bargaining with Plea-Based Ceilings. *Tulane Law Review*. 82, 1238–1290.
- Danziger, D. & Gillingham, J. (2005). *1215: The Year of Magna Carta*. New York, Simon & Schuster.
- Dikarev, I. S. (2016) *Nadzorno-kassatsionnaya forma peresmotra sudebnykh reshenii v ugovnom protsesse* [Supervisory-Cassation Form of Judgments Review in Criminal Procedure]. Volgograd, VolGU publ. (in Russian)
- Дикарев И.С.* Надзорно-кассационная форма пересмотра судебных решений в уголовном процессе. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2016.
- Enikeev, Z. D. & Shamsutdinov, R. K. (2006) *Problemy ugovnogo pravosudiya v sovremennoi Rossii* [Problems of Criminal Justice in Modern Russia]. Ufa, RIO BashGU. (in Russian)
- Еникеев З.Д., Шамсутдинов Р.К.* Проблемы уголовного правосудия в современной России. Уфа : РИО БашГУ, 2006.
- Forkosch, M. D. Who Are the «People» in the Preamble to the Constitution? *Case Western Reserve Law Review*. 19 (3), 644–712.
- Hesse, K. (1981) *Osnovy konstitutsionnogo prava FRG* [Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. Translated from German by Sidorov, E. A. Moscow, Yuridicheskaya literatura. (in Russian)
- Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. Е.А. Сидорова. М. : Юридическая литература, 1981.
- Koni, A. F. (2011) *Kurs ugovnogogosudoproizvodstva* [The Course of Criminal Justice]. Moscow, Amerikanskaya assotsiatsiya yuristov.
- Кони А.Ф.* Курс уголовного судопроизводства. М. : Американская ассоциация юристов, 2011.
- Lazareva, V. A. (2007) Sostyazatel'nost' i dokazyvanie v ugovnom protsesse [The Adversary Character and Proof in Criminal Procedure]. *Ugolovnoe pravo*. (3), 98–102. (in Russian)
- Лазарева В.А.* Состязательность и доказывание в уголовном процессе // Уголовное право. 2007. № 3. С. 98–102.

- Lupinskaya, P. A. (ed.) (2004) *Ugolovno-protsessual'noe pravo Rossiiskoi Federatsii* [The Criminal Procedure Law of the Russian Federation]. Moscow, Yurist'. (in Russian)
Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. П.А. Лупинской. М. : Юристъ, 2004.
- McGlynn, S. (2013) *Blood Cries Afar: The Forgotten Invasion of England, 1216*. Stroud, Gloucestershire, Spellmount.
- Mikhailovskaya, I. B. (2006) *Nastol'naya kniga sud'i po dokazyvaniyu v ugovnom protsesse* [The Judge's Resource Book for Proving in Criminal Procedure]. Moscow, TK Velbi, Prospekt. (in Russian)
Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М. : ТК Велби; Проспект, 2006.
- Mikhailovskaya, I. B. (2008) *Sudy i sud'i: nezavisimost' i upravlyaemost'* [Courts and Judges: the Independence and Controllability]. Moscow, Prospekt. (in Russian)
Михайловская И.Б. Суды и судьи: независимость и управляемость. М. : Проспект, 2008.
- Mizulina, E. B. (1991) *Ugolovnyi protsess: kontsepsiya samoogranicheniya gosudarstva* [The Criminal Procedure: the Concept of State Self-Restraint]. The Dissertation of Doctor of Legal Sciences. Yaroslavl State Pedagogical University named after K.D. Ushinsky. (in Russian)
Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства: дисс. ... докт. юрид. наук. Ярославль. 1991.
- Morshchakova, T. G. (1990) *Sudebnaya reforma. Sbornik obzorov* [The Judicial Reform. Collection of Reviews]. Moscow, INION. (in Russian)
Морщакова Т.Г. Судебная реформа. Сборник обзоров. М. : ИНИОН, 1990.
- Nemytina, M. V. *Sud v Rossii: vtoraya polovina XIX — nachalo XX vv.* [The Court in Russia: the second half of the XIX — early XX centuries]. Saratov, SYuI MVD RF. 1999. (in Russian)
Немытина М.В. Суд в России: вторая половина XIX — начало XX вв. Саратов : СЮИ МВД РФ. 1999.
- Nurbaev, D. M. (2014) *Vnutrennee ubezhdenie pri otsenke v ugovnom protsesse preyuditsial'nogo znacheniya reshenii, prinyatykh v grazhdanskom, arbitrazhnom ili administrativnom sudoproizvodstve (po materialam proverki i ugovnymdelam o prestupleniyakh v sfere ekonomiki)* [The Internal Conviction in Assessing the Prejudicial Value of Decisions Taken in Civil, Arbitration or Administrative Proceedings (On Materials of Verification and Criminal Cases in the Sphere of Economy)]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Legal Sciences. National Research Tomsk State University. (in Russian)
Нурбаев Д.М. Внутреннее убеждение при оценке в уголовном процессе преюдициального значения решений, принятых в гражданском, арбитражном или административном судопроизводстве (по материалам проверки и уголовным делам о преступлениях в сфере экономики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2014.
- Orgad, L. (2010) The Preamble in Constitutional Interpretation. *International Journal of Constitutional Law*. 8 (4), 714–738. Available from: doi:10.1093/icon/mor010.
- Petrukhin, I. L. *Reforma ugovnogo sudoproizvodstva: problemy i perspektivy*. [Reform of Criminal Justice: Problems and Prospects]. *Zakonodatel'stvo*. (3), 72–81. (in Russian)
Петрухин И.Л. Реформа уголовного судопроизводства: проблемы и перспективы // Законодательство. 2001. № 3. С. 72–81.
- Poberezhnyi, V. V. (1993) *Garantii nezavisimosti suda pri otpravlenii pravosudiya po ugovnym delam* [The Guarantee of the Independence of the Court in the Administration of Criminal Justice]. The Dissertation of Candidate of Legal Sciences. Lomonosov Moscow State University. (in Russian)

- Побережный В.В.* Гарантии независимости суда при отправлении правосудия по уголовным делам : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1993.
- Polyanskii, N. N. (1956) *Voprosy teorii sovetskogo ugolovnogo protsessa* [Issues of the Theory of the Soviet Criminal Procedure]. Moscow, Moskovskii Universitet publ. Poberezh
- Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. М. : Изд-во Московского университета, 1956.
- Schmitt, C. (2008) *Constitutional Theory*. London, Duke University Press.
- Strogovich, M. S. (1955) *Material'naya istina i sudebnye dokazatel'stva v sudebnom ugolovnom protsesse* [Substantive Truth and Judicial Evidence in the Judicial Criminal Procedure]. Moscow, Akademiya Nauk SSSR publ. (in Russian).
- Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в судебном уголовном процессе. М. : Изд-во Академии Наук СССР, 1955.
- Strogovich, M. S. (1958) *Kurs sovetskogo ugolovnogo protsessa* [The Course of the Soviet Criminal Process]. Moscow. Akademiya Nauk SSSR publ. (in Russian)
- Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М. : Изд-во Академии Наук СССР, 1958.
- Strogovich, M. S. (1968) *Kurs sovetskogo ugolovnogo protsessa* [The Course of the Soviet Criminal Process]. Vol. 1. Moscow, Akademiya Nauk SSSR publ. (in Russian)
- Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М. : Изд-во Академии Наук СССР, 1968.
- Turner, J. I. (2012) Prosecutors and Bargaining in Weak Cases: A Comparative View. In: Luna, E. & Wade, M. (eds.) *The Prosecutor in Transnational Perspective*. Oxford, Oxford University Press, pp. 102–115.
- Turner, R. (2009) *King John: England's Evil King?* Stroud, Gloucestershire, The History Press.
- Warren, W. L. (1990) *King John*. London, Methuen.
- Weninger, R. A. (1987) The Abolition of Plea Bargaining: A Case Study of El Paso County, Texas. *UCLA Law Review*. 35, 264–313.
- Wright, R. & Miller, M. (2002) The Screening/Bargaining Tradeoff. *Stanford Law Review*. 55 (1), 29–118.
- Zhogin, N. V. (ed.) (1973) *Teoriya dokazatel'stv v sovetskom ugolovnom protsesse* [Theory of Evidence in the Soviet Criminal Procedure]. Moscow, Yuridicheskaya literatura. (in Russian)
- Теория доказательств в советском уголовном процессе/ под ред. Н.В. Жогина. М. : Юридическая литература, 1973.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Тарасов Александр Алексеевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и процесса, Институт права, Башкирский государственный университет.

ORCID ID: 0000-0001-6743-5517

Контактная информация:

e-mail: aatar@mail.ru

Гизатуллин Ирек Альфредович, аспирант кафедры уголовного права и процесса, Институт права, Башкирский государственный университет.

ORCID ID: 0000-0003-2108-690X

Контактная информация:

e-mail: gizatullin-irek@rambler.ru

Для цитирования:

Тарасов А.А., Гизатуллин И.А. Независимость судей — имманентное свойство уголовного правосудия и глобальная его проблема // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 1. С. 21–41, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-00-00

INDEPENDENCE OF JUDGES AS IMMANENT QUALITY OF CRIMINAL JUSTICE AND ITS SEVERE PROBLEM

Aleksandr A. Tarasov & Irek A. Gizatullin

Bashkir State University
Institute of Law
131, Dostoevskogo st., Ufa, Russia, 450005

Independence of judges is an objectively necessary condition for the existence of judicial power and justice in the state, it presupposes the freedom of every judge in choosing a legal position on the issue that he resolves, both from the will of the parties to litigation and from any external influence. External to the judge are not only the impact of the parties in the case under consideration or representatives of non-judiciary or court leadership, but also the corporate impact of the judiciary community or mental attachment to the corporate traditions of the professional communities to which the judge previously belonged. Exposure to all these types of outside influence for the judge constitute an equal threat to his independence and to the justice sent to him. No less threat to justice and objective interests of society is the flip side of judicial independence — judicial arbitrariness. The optimal state approach in ensuring the independence of judges implies a balance between the two extremes — judicial dependence on someone else's opinion and judicial arbitrariness. In modern Russian legislation, the «independence of judges» is defined as the principle of all types of legal proceedings, with the allocation of a special article with this title to all procedural codes. In the laws of the judicial reform of the XIX century, the phrase «independence of judges» is not used at all, although the creation of a truly independent court in conditions of absolute monarchy is recognized as the main achievement of this reform. The authors emphasize on the example of criminal justice that the independence of judges is not ensured at all by its special legislative fixation or elevation in the principles of the process, not by repeated repetition of these words in different legal regulations and even more — not by appeals to specific judges to be independent. Independence of judges can be ensured only by the creation of reliable organizational and procedural mechanisms for its implementation, some of which are analyzed in the article. Among them — the expansion of adversarial principles in the use of special knowledge in the criminal investigation of criminal cases, the introduction of elements of the judicial investigation into the institution of special order of the decision of the court decision with the consent of the accused with the charge, the procedural significance of the reasons for the refusal of the public prosecutor from the prosecution, and others.

Key words: independence of judges; ensuring the independence of judges; justice; judicial proceedings; criminal proceedings; judicial authority; court

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksandr A. Tarasov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of Department of Criminal Law and Procedure, Institute of Law, Bashkir State University

ORCID ID: 0000-0001-6743-5517

Contact information:

e-mail: aatar@mail.ru

Irek A. Gizatullin, Post-graduate student, Department the Criminal Law and Procedure, Institute of Law, Bashkir State University;

ORCID ID: 0000-0003-2108-690X

Contact information:

e-mail: gizatullin-irek@rambler.ru

For citation:

Tarasov, A. A. & Gizatullin, I. A. (2018) Nezavisimost' sudei — immanentnoe svoistvo ugovnogo pravosudiya i global'naya ego problema [Independence of Judges as Immanent Quality of Criminal Justice and Its Severe Problem]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 21–41. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-21-41.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-42-65

ПРОСТРАНСТВЕННЫЕ И ТЕМПОРАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ ОСВОЕНИЯ ПРАВОВОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ: ПОКОРЕНИЕ ИЛИ АБСОРБЦИЯ

Сигалов К.Е.

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации
Институт проблем эффективного государства и гражданского общества
125993, Москва, Россия, Ленинградский проспект, 49

Актуальность статьи обусловлена тем, что право, как всё в природе и обществе, подчинено универсальным формам существования материального мира. При этом действие всеобщих характеристик объективной реальности, важнейших форм существования — пространства и времени — обуславливает понимание сущности и специфики становления права в различных регионах.

Первая задача статьи — выявление особенностей правового пространства. Пространство — это не только фиксация пребывания вещей, явлений, феноменов в определенной системе координат, но, прежде всего, это совокупность существенных взаимосвязей, способ их организации, «размер» влияния правовых средств на общественную жизнь и т.д. Благодаря пространственному позиционированию явлений друг относительно друга возможно понимание среды права как целостности, возможен общий язык и общие правила. Географическое пространство для человеческой истории, для общественной жизни является постоянно действующим условием среды, и к тому же почти неизменным. Однако общественная практика становится все менее зависимой только от этих условий. Человек на основе своей практики стремится изменить общественную жизнь и содержание культуры, чтобы сделать их более приемлемыми для себя. Разнообразие правовых систем обусловлено различными причинами. Природные и географические факторы, особенности цивилизационных технологий определяют различные условия и потребности жизни различных стран и сообществ.

Вторая задача — определение специфики правового времени. Время и право — фундаментальные категории гуманитарного знания. На первый взгляд, эти категории не совсем соразмерны: первая из них — категория, относящаяся ко всей неживой и живой материи, к социальным явлениям, а также и к познанию; вторая категория отражает форму существования исключительно социальной действительности. Тем не менее, в социальной сфере, и прежде всего в сфере нормативности, время и право вполне сопоставимы по той роли, которую они играют в жизни людей. Действие права сопряжено с действием времени, прежде всего потому, что в праве заложены варианты возможного поведения, являющиеся масштабом для его регулирования.

Сложность понимания категорий правового пространства и правового времени связана с необходимостью повседневного оперирования ими через субъективность восприятия этих категорий. Пространственно-временные характеристики буквально пронизывают правовую культуру и правовую жизнь, являются наиболее фундаментальными категориями, посредством которых человек воспринимает социальное бытие.

Ключевые слова: право; пространство; время; цивилизация; прогресс; Античность; Средневековье; Запад; Восток; абсорбция культуры

Пространство — символ моей власти.

Время — символ моего бессилия

Жюль Ланьо¹

I. ВВЕДЕНИЕ

Пространство, как и время, являются всеобщими материальными и духовными атрибутами бытия, формами освоения мира. Любой человек и любое человеческое сообщество выстраивают свою жизнь посредством пространства и времени. Эти категории воспринимаются как на уровне обыденного сознания, так и на уровне теоретического мышления. Однако они носят и нормативный характер (Meccarelli & Solla Sastre, 2016:3–24), ибо люди используют пространство и время в практике освоения природы, установления параметров своих отношений между собой, понимании собственного внутреннего мира. Незнакомое пространство и непознанное время воспринимаются человеком с осторожностью и опаской. Внешние формы проявления этих явлений и феноменов не во всем совпадают с их сущностью, а здравый смысл заставляет каким-то образом еще и соотнести и сопоставить их между собой, «закодировать» время в пространстве и пространство во времени. Б.А. Успенский пишет:

«...опыт восприятия пространства предстает как первичный в гносеологическом отношении; соответственно, он может определять восприятие времени — время может осмысляться как пространство. Пространство и время предстают в нашем сознании как соотносимые явления (категории, формы бытия). Они как бы изоморфны и могут быть уподоблены друг другу: так, в частности, если пространство наполнено предметами, то время наполнено событиями, и ориентация в пространстве (правое — левое) соответствует ориентации во времени (до — после), и т. п.; соответственно, они легко перекодируются друг в друга. Основная разница между пространством и временем² проявляется в их отношении к человеку как воспринимающему субъекту: пространство пассивно по отношению к человеку, тогда как человек активен относительно пространства; напротив, время активно по отношению к человеку, тогда как человек пассивен в отношении времени» (Uspenskii, 2002:42).

Познание этих двух важнейших категорий также различно, ибо пространство воспринимается непосредственно, а время — опосредованно. Поэтому че-

¹ Французский философ-спиритуалист (1851–1894).

² Люди всегда обожествляли и демонизировали время. Зевс начинает мифологический победоносный путь на Олимп с победы над своим отцом, жестоким Кроносом (Временем), пожирившим своих детей. Кронос олицетворялся с внешней силой, которую человек не может одолеть.

ловек вначале познает пространство, а время уже воспринимает через пространственные познавательные смыслы (Verle, 81–82)³.

Все события в мире происходят в пространстве, через которое осуществляются все контакты между субъектом и окружающей его среды. Все события в мире происходят во времени, люди и сообщества проживают время, оперируют им, основываясь на опыте прошлого для жизни в настоящем и предвидения будущего. Среда обитания и существование каждого субъекта взаимообусловлены и опосредованы, и только так может существовать социальный мир. Каждый социум владеет пространством и временем, но каждый распоряжается ими совершенно по-разному.

Пространство лежит в основе социального освоения окружающей действительности. Индивидуальный антропосоциогенез, с одной стороны, и коллективный антропосоциогенез предусматривает процесс «овладения» окружающим пространством и отдельной личностью, и социумом.

Первобытные племена и отдельный человек воспринимали окружающее пространство как мир, где проходит граница между безопасными и опасным, познанным и непознанным, своим и чуждым. Это пространство приходилось делить и с окружающим природным миром, порой враждебным и опасным, и окружающим социальным миром (соседними племенами) — столь же враждебным и опасным. Это пространство обладало зримыми и значимыми факторами принадлежности к кому-либо. Как животные «закрепляют» за собой определенную территорию, оставляя на ней свои метки, так и люди изначально старались закреплять «свои» территории непосредственного места жительства, сбора «даров природы», охоты, рыболовства, затем выпаса скота, и, наконец, сельскохозяйственных угодий, дорог, переправ через водоемы, а далее и мест добычи полезных ископаемых и производственного пространства. Эти территории надо было либо охранять от агрессивных набегов соседей, либо самим что-то у них отвоевывать, а также вступать в определенные договорные отношения территориальной принадлежности. Тем не менее, территория как пространство принадлежности изначально занимало важнейшее место в правовом и политическом регулировании отношений — как внутри социума, так и другими социумами. В то же время использование и охрана имеющегося, освоение и отвоевание нового пространства всегда были важнейшими факторами прогресса.

Мировой опыт дает несколько способов освоения пространства, когда завоевание или абсорбция занимают различное место во взаимоотношении с правовыми и политическими обстоятельствами жизни людей.

³ Некая архетипическая соотнесенность времени и пространства выражается в самой этимологии слова «время», восходящему к индоевропейскому *vert-/vort* и славянским словам «вертеть», «вращать». Отсюда и древнерусское слово «верста», обозначающее меру измерения, относящуюся как к пространству, так и ко времени, — как меру длины («верста»), так и меру длительности («возраст»).

II. АНТИЧНАЯ ЦИВИЛИЗАЦИЯ

Античная цивилизация, ее материальная и духовная культура, античный способ производства, сама античная ментальность всегда оказывали гигантское воздействие на генезис европейской культуры в целом, на ее становление, формирование и развитие. Тем не менее, многие параметры самого феномена **античного** в восприятии современного человека далеки от истины. Событиям, людям и отношениям Античности приписываются черты, для них не характерные.

Во-первых, несмотря на высокие достижения Античности, ко многим моральным, религиозным, философским, научным представлениям в эту эпоху относились просто не так, как это стало в эпохи последующие. С позиции современности рассматривать это как несовершенство контрпродуктивно, просто в «детстве мировой цивилизации» по-другому и быть не могло.

Во-вторых, классическая европоцентричная историография в силу различных причин подходила даже к «зачислению в Античность» весьма избирательно. Скажем, история Древней Греции и Древнего Рима изучена обстоятельно, скрупулезно, но в то же время и несколько дискретно. Например, Афины изучены лучше, нежели малые полисы, а история Финикии, Карфагена просто зияет лакунами. Собственно начало «стиранию памяти» о Карфагене положили римляне, извечные антагонисты карфагенян. Действительно, осталось значительно меньше свидетельств о карфагенской цивилизации, нежели о римской. Причем многие карфагенские артефакты были просто сознательно уничтожены. Принадлежность или непринадлежность ряда средиземноморских и малазийских стран и регионов (Лидия, Мидия, Киликия, Фригия, Пергам, Палестина) (Mansuelli, 2007:82–97)⁴ к античной цивилизации также вызывает вопросы.

В-третьих, в Античность исследователями «встраиваются» феномены, присущие более поздним эпохам. Писатели, художники, теологи, философы, правоведы, историки, политологи, а позднее и кинематографисты воспринимали и изображали античность так, как именно они ее понимали в контексте проживаемой и переживаемой ими актуальной эпохи, в соответствии с представлениями именно этой эпохи о современном им государстве и праве, с ее (этой эпохи) моральными проблемами, этосом, лексикой, технологиями, вооружением и т.п. Это порождало и продолжает порождать в массовом сознании представления, весьма далекие от действительности. Следует заметить, что такое же восприятие прошлого характерно и для других эпох. Ни один ученый не может быть уверен, что именно его представление о прошлом является истинным.

⁴ См.: Словарь античности. М. : Прогресс, 1989. С. 315–316, 353, 406–407, 422–423, 617.

Тем не менее, с рядом феноменов, характеризующих Античность, соглашаются почти все исследователи. Античность — это колыбель европейской цивилизации, и многое из того, что было заложено в те далекие времена, продолжает, так или иначе, формировать социальные параметры жизни европейцев. Именно в античности был заложен фундамент современной демократии (Wollheim, 1958), современного представления о самоуправлении, о праве, государстве, а на ее излете — и о христианстве как ведущей религии Запада (Wieacker, 1990:1–29).

Античная цивилизация формировалась на базе более ранних восточных цивилизаций (Древний Египет, Ассирия, Вавилон, Персия и др.), но в определенной мере в противостоянии им. Всеобщая восточная кабала, под гнетом которой находились все подданные верховного правителя (который был «по совместительству» владельцем всего сущего, верховным военачальником, главным жрецом, а часто и живым воплощением божества) была заменена античным рабовладением, которое, кстати, не было и экономическим базисом общества. В Древней Греции государственное устройство и даже первоначальное античное право было принципиально другими. Республики соседствовали с монархиями, но, в отличие от Востока, древнегреческий *басилевс* или римский *рекс* были первыми среди равных, а не живыми богами.

«Древнеперсидской монархии — варварской организации — противостоял греческий полис. Он был создан именно в архаическую эпоху, хотя его организация разрабатывалась медленно и тщательно, вплоть до внешнего устройства и городских планов, вслед за стадиями аристократической организации, и более или менее продолжительного опыта тирании. Архаическая эпоха стала во всех отношениях самой свободной и счастливой в длинной истории греческого народа» (Mansuelly, 2007:80).

Для Античности было характерно впитывание чужого и абсорбция нового в своей среде, заимствование всего лучшего, накопленного восточными цивилизациями. При этом греки и римляне все же были свободными людьми, в их менталитете преобладали совершенно иные формы восприятия мира: в Античности отказались от чрезмерной сакрализации оснований научных сведений (в математике, физике, гуманитарном знании). Даже верные, но догматические и бездоказательные основания научного знания обрели форму доказываемых теорем, поскольку значительный объем знаний требовал обязательной верификации. Агон, борьба равноправных сторон оказалась в центре мироощущения. Различные соревнования и игры (Олимпийские, Пифийские, Истмийские, Немейские) были важным фактором социальной жизни. Это могло иметь место только в обществе свободных и равноправных людей, чьи права регулировались уже не только волей верховного правителя, а правом и государственным устройством целого ряда государств-полисов. Политическая и экономическая свобода сформировала совершенно иную форму государственности. Центром политического и экономического пространства стал город, вокруг которого фор-

мировался полис, а сам урбанизм породил и новое отношение к принимаемым законам, самому праву⁵.

В ментальном представлении Античности «золотой век» остался в прошлом, рассчитывать на то, что вернутся прежние, благополучные и «добродравные» времена уже не стоило — все образцовое осталось в прошлом. Однако «темпоральный круговорот» также не приобрел аксиологической значимости. Представления древних греков о прогрессе не коррелировались с рожденной ими же диалектикой, они считали и самих себя, и собственное социальное полисное устройство самим совершенством, а потому и не прилагали особых усилий для создания развитого права (Науек, 2006:53–72)⁶. Собственно кризис полисной системы во многом был обусловлен тем, что древние греки явно переоценили ее значимость и социальные возможности. Древние римляне были более прагматичными: для них линейное, восходящее восприятие мира составляло суть постоянного обновления. Преодолев полисную парадигму, Рим выстроил новые параметры социальности и абсорбировал все интеллектуальные достижения Средиземноморья⁷, что позволило создать величайшую мировую ценность — римское право. Новая социально-экономическая реальность породила и принципиально новую государственную концепцию, которой Античность прежде не знала. Рим становится империей, сверхдержавой, и обоснование значимости этого правового и социокультурного феномена становится важной идеологической задачей. Наличие совершенных законов предусматривало возможность «управления временем» — будущим начинают овладевать за счет антиципации⁸ — предвидения событий.

Греки, римляне, финикийцы, карфагеняне экспериментировали с различными вариантами освоения пространства, находившегося за пределами полиса — завоевание чужих территорий и колонизация пустующих земель. Преобладание талоссократии⁹ или теллурукратии¹⁰ в развитии конкретного государства было обусловлено целым комплексом социально-экономических и политических обстоятельств¹¹. В дальнейшем именно античное пространственное восприятие мира как закрепление «за собой» осваиваемых территорий, установле-

⁵ Город — это пространство права, деревня — пространство традиции.

⁶ По их мнению, представление о «космосе» и «таксисе» как стихийном и организованном порядке было вполне достаточным.

⁷ К наиболее значимым относятся иудейское религиозное право, греческая философия и монотеизм, ставший одним из основополагающих принципов христианства, а затем и ислама.

⁸ От лат. *anticipation* — предвосхищение.

⁹ Освоение морского пространства вследствие недостатка земельных ресурсов или особенного географического положения.

¹⁰ Освоение материковых пространств, завоевание и присоединение сопредельных территорий.

¹¹ В дальнейшем именно античное пространственное восприятие мира как «освоение» новых территорий, установление на этих территориях именно своего права и своей государственности стало основным трендом западной цивилизации.

ние на них своего права и своей государственности стало преобладающим для западной цивилизации. Упадок Античности также имел пространственную составляющую. С одной стороны, невозможность имеющимися ресурсами контролировать огромные территории и несоответствие ментальных амбиций правящих элит военным, экономическим, правовым, духовным и политическим возможностям организации внутренней политической жизни привели к внутреннему кризису Римской империи. С другой стороны, перемещающиеся в пространстве волны варваров-завоевателей, создали новую геополитическую реальность, в которой прежней римской государственности было уже уготовано другое место.

III. ФЕОДАЛЬНАЯ ЗАПАДНАЯ ЕВРОПА

После заката Античности на Западе возник феодальный мир Средневековья. «Феодализм окончательно сформировался в атмосфере последних варварских натисков. Для этого общества характерно замедление общественной жизни, почти полная атрофия денежного обмена» (Bloch, 2003:431). Европейский Запад выстроил свое восприятие права через темпоральные и пространственные феномены, как основываясь на достижениях Античности, так и на собственном, в первую очередь христианском, восприятии мира. Сокрушив и завоевав Римскую империю, европейские варвары создали на ее пространстве новый мир. Многое было разрушено, и только затем с величайшим трудом воссоздано. Но многое было и создано. Г.С. Померанц обращает внимание на значимость внутренних интенций Средневековья:

«На первый взгляд — просто погром. Но, в конечном счете — основание новой цивилизации — отмечает он, — Варварство — вовсе не нуль культуры. Это культура, сильная своей недифференцированностью (т.е. целостностью). Не будь варваров — остался бы Рим единым римским народом, усталым и порочным как Византия... От варваров идут и национальная структура Европы (поддержанная католической церковью), и суд присяжных, и вольности общин, из которых выросла современная европейская демократия» (Pomerants, 1995:303–304).

Земледельческая цивилизация Европы сделала земельную собственность основной ценностью, поэтому все правовые и социально-политические отношения, так или иначе, были связаны с пространственным позиционированием человека на той или иной территории, с правами и обязанностями, обусловленными тем, что он в этом пространстве располагается, занят тем или иным делом, к этому пространству «привязанным»: владеет этой землей, охраняет эту территорию, передвигается по этой территории, возделывает эту землю, арендует ее для определенных целей и т.д. Ограниченность западноевропейской территории предусматривала в геополитическом отношении строгость границ, в правовом отношении — точность правоотношений, в цивилизационно-

технологическом — продвижение «вглубь», т.е. постоянное развитие земельных отношений, как организационно-правовом, так и в технологическом смысле (т.е. повышение производительности труда, развитие агрокультуры, новой техники и т.д.).

Средневековые войны в Западной Европе были войнами принципов, захвата ресурсов, подчинения интересов. Убийство владельца земли ничего не давало захватчику. Кроме религиозного и морального осуждения вследствие нарушения рыцарского кодекса чести¹² всегда находился наследник, претендующий на выморочные земли, а верховная власть вмешивалась в отношения собственности с большой осторожностью. Да и сами правители четко разделяли свою собственность и собственность своих подданных, тот факт, что они были королями, не позволял им покушаться без должных оснований на жизнь, свободы и собственность своих подданных¹³.

Постоянный передел территорий шел на протяжении всей средневековой истории. Европейцы ожесточенно воевали между собой, отстаивали свои территории от различных агрессоров, часть из которых занимали европейские земли и становились европейцами (норманны, венгры), часть — оставались постоянной угрозой Западной Европе (арабы, турки). Испанцы и португальцы в почти восемь столетий вели Реконквисту, отвоевывая Пиренейский полуостров от мусульман. Народы Центральной и Южной Европы с переменным успехом боролись с турками, дважды пытавшимися взять штурмом Вену, и берберскими пиратами, опустошавшими Южное европейское Средиземноморье и сделавшие его почти безлюдным¹⁴. Но столь же постоянным было и стремление европейцев к заморской колонизации. До конца XV в. эти усилия не выходили за пределы европейского и средиземноморского пространства — завоевания крестоносцами Палестины, захват Византии, колонизация Далмации и анклавов черноморского побережья.

¹² Рыцари не убивали своих пленных врагов, и тем более не покушались на жизнь членов их семей, как это делали, например, японские самураи — выгоднее было получить выкуп, да и ситуация могла измениться и вчерашний пленник мог оказаться хозяином положения, кроме того можно было совершенно по-другому покуситься на собственность пленного: вытребовать у него руку близкой родственницы с частью земли в виде приданого.

¹³ «И короли должны соблюдать законы» — вытребовали бароны у короля Иоанна Безземельного в Великой Хартии вольностей.

¹⁴ В рабство мусульманским пиратам попало до полутора миллионов европейцев. Характерно, что в их рядах находилось много европейцев-ренегатов. От набегов берберийских пиратов страдали не только страны южного Средиземноморья, но и жители Англии, Нидерландов, Франции, Ирландии, скандинавских стран, включая даже Исландию. Предпринятые только в начале XIX в. военные экспедиции ряда европейских держав и даже США сделали мореплавание в Средиземноморье безопасным. В свете всего этого вселенский плач об угнетении Западом «несчастных арабов» представляется, мягко говоря, избыточным. Тотальное доминирование Запада — это достаточно позднее явление, возникшее в XIX в. в огромной мере с устранением постоянно нависающей над Европой угрозой открытого разбоя.

В исключительно теоцентричном христианском Средневековье люди полагали, что «время — лишь момент вечности. Оно принадлежит одному Богу и может быть только пережито. Овладеть временем, измерить его, извлечь из него выгоду считалось грехом. Урвать от него хотя бы частицу — воровством» (Le Goff, 2005:200). Поэтому в раннем Средневековье отношение к времени было весьма настроженным. Проблема времени в раннем Средневековье коррелируется с проблемой собственности. Время еще не принадлежало человеку. Тем не менее, представление об изначальной греховности человека, о преступном деянии, тем более относительно Божественного промысла уже сформировалось. Античное представление о линейном и непрерывном развитии времени сохранилось, но это развитие происходило по нисходящей.

Классическое и позднее Средневековье породило иной тренд, обусловленный признанием ценностей частной собственности, свободы личности, отстаиванием собственного достоинства, возможностью постоянного обновления. Было признано, что право — это не только государственный инструмент, но возможность отстаивать личные права и свободы. Все эти ценности Античности медленно, но верно, внедрялись в сознание человека. Время, наконец, становится «собственностью» человека — правда не каждого, а только свободного. Время стало правовой категорией, предметом договора в трудовых и обязательственных отношениях¹⁵. Но время в сельской местности (при занятиях сельскохозяйственным трудом) и время в городе (при занятии ремеслами и торговлей) обладало разной пластичностью, различной текучестью, опиралось на различные основания производственных циклов. В первом случае оно в большей мере опиралось на природные циклы, во втором случае — на социальные циклы. Именно тогда изменилось отношение и к ростовщичеству — возможности давать и получать кредиты. Прежде это было покушением на промысел Всевышнего, на возможность «распоряжаться временем». Давать деньги в рост в средневековой Западной Европе могли только евреи, изначальные грешники в представлении европейцев. Понадобилась длительная правовая работа, специальные папские энциклики, которые если и не стали считать ростовщичество богоугодным делом, то, по крайней мере, исключили это занятие из сферы запретных для христиан дел. Ганзейцы, флорентийцы, ломбардцы и даже тамплиеры тут же с блеском доказали, что они могут прекрасно «распоряжаться временем», обирая своих единоверцев еще эффективнее, нежели это делали евреи. Ростовщичеством стали заниматься не только бюргеры, но и рыцари, и знать.

¹⁵ Не случайно именно в это время в Западной Европе появляются и получают большое распространение механические часы — символ освоения времени. В центре западноевропейского города на башне ратуши всегда были установлены часы. Они носили не только культовый и символический характер — по часам определялись ритмы города, включая и трудовые, устанавливалось продолжительность рабочего времени, т.е. определялись трудовые и гражданские права горожан.

Как ни парадоксально, но именно урбанизация принесла западноевропейскому Средневековью реальный импульс к развитию. Западноевропейские города имели особый пространственный статус, это были островки республиканизма в монархическом море, островки свободы в океане деспотизма (Le Goff, 2007:156–172). Собственность здесь была реальной, хозяйство развивалось более динамично, реально ощущалась сила и власть денег, городские купеческие и ремесленные корпорации породили местное самоуправление и основы гражданского общества, развивались университеты, а средневековое городское право стало прообразом современного права:

«Торгово-промышленная деятельность была немыслима без должного правового регулирования, и именно в городах складываются и развиваются новые юридические нормы и принципы, отвечавшие потребностям бюргерства. Эти принципы существенно отличались от принципов феодального права, и если в последнем преобладали вертикальные связи, отношения господства и подчинения, то в сфере действия городского права особую роль приобретали связи горизонтальные — правоотношения между согражданами» (Gurevich, 2005:155–156).

Отношения с пространством в западноевропейском Средневековье также становятся все более и более правовым. Пространство — это в первую очередь территория, земля, которая была собственностью, которая на разных условиях закреплялась за конкретным человеком, была условием его службы, феодальных иерархических отношений, положением собственника в государстве и гарантиями верховного правителя.

Поскольку западноевропейская земледельческая цивилизация предусматривала весьма строгое и точное отношение к основному виду средневековой собственности — к земле, наследованию территорий, различия в правовой регуляции могли привести к серьезным противоречиям¹⁶. Но главное состояло в том, что совершенно по-другому стало организовываться собственное, личное правовое пространство, позволяя отстаивать свои интересы, Человек был вынужден активно отстаивать свои интересы, регулировать те аксиологические отношения, которые составляют смысл его жизни.

«Базовая система ценностей, побуждавшая сынов Западной Европы создавать своей деятельностью известные нам институциональные порядки, состояла из трех важнейших аксиологических компонентов. Каждый из этих компонентов выполнял в рамках упомянутой ценностной системы соответствующую его аксиологической специфике функцию. Активная (в первую очередь практическая) деятельность, направленная на преобразование ок-

¹⁶ Например, Эдуард III предъявил свои законные права на французский престол как внук французского короля, но и Филипп де Валуа царствовал законно по уложениям «Салической правды», это привело к династическому кризису и конфликту между двумя теоретически законными претендентами. Результат — Столетняя война.

ружающей (в том числе социальной) действительности, становилась *смыслом* существования для человека; реализация личных интересов являлась для него *целью*; а жизненный рационализм — *средством*, которое необходимо было использовать в качестве механизма решения любых встречающихся перед человеком социально значимых проблем» (Podvoisky, 2005:80–81).

Геополитическая юридикто-династическая картина западноевропейского пространства обусловлена сложными обстоятельствами становления государственности, борьбы с иноземными захватчиками, географическими и природными особенностями регионов, ментальности этносов при формировании самоидентичности, а также династическими браками. При этом одни регионы остались провинциями, а другие стали независимыми государствами.

После завершения Реконкисты западноевропейские притязания на чужое пространство приобрело другую направленность. Собственно изменилось и соотношение теллуократии и талассократии: конфликты перенеслись за океаны, когда различные страны начали ренессансный прорыв в чужое пространство и жесткое навязывание своей воли другим народам под различными основаниями. Англичане покупали новые земли за стеклянные бусы и дешевые побрякушки, формально совершая «справедливую» куплю новой территории. Испанцы и португальцы приобщали «неразумных» аборигенов к христианской вере, французы «осчастливливали» туземцев тем, что теперь они становились подданными их короля. А когда была устранена опасность, исходящая от берберийских пиратов, доминирование европейцев стало глобальным.

Западная цивилизация распространила свое влияние по всему миру, при этом сам термин «Запад» имеет уже не географическую, пространственную коннотацию, а предусматривает определенный цивилизационный смысл. «Сейчас термин «Запад» повсеместно используется для обозначения того, что раньше именовалось западным христианством. Таким образом, Запад является единственной цивилизацией, которая определяет себя при помощи направления компаса, а не по названию какого-либо народа, религии или географического региона» (Huntington, 2005:58).

IV. ЦИВИЛИЗАЦИЯ РУССКОГО СРЕДНЕВЕКОВЬЯ

Русское Средневековье — это особый мир. Здесь отсутствовал классический феодализм, феодальная иерархия, подобная западноевропейской, тоже отсутствовала. Зато долгое время на Руси преобладала весьма специфическая государственно-правовая форма наследования — лествичное право, провоциро-

вавшее междоусобицы¹⁷. «Постоянное передвижение князей со стола на стол и сопровождающие его споры роняли земский авторитет князя... Он приходил и уходил, был политической случайностью для области, блуждающей кометой» (Klyuchevskii, 1987:200).

Однако и после отмены лествичного права западная система пространственного позиционирования государственности прижиться вряд ли смогла бы.

На Руси развитие «классической» государственности тормозилось в силу ряда причин. *Во-первых*, всегда на Руси частная собственность была весьма условной, обладание ей было обусловлено, в первую очередь, волей правителя, отсюда и весьма специфические отношения в системе «власть–подчинение». *Во-вторых*, Русь располагалась в пространстве сложных природно-климатических условий, рискованного земледелия, суровой длительной зимы и жаркого лета. С одной стороны, это позволяло весьма скромно жить в условиях самообеспечения за счет внутренних ресурсов, с — другой, заставляло прибегать к пространственной автаркии. Контакты с соседями были скорее «настороженными» и фрагментарными, военных конфликтов было гораздо больше, нежели цивилизационного интеллектуального заимствования. В-третьих, восточнославянские племена, занимали территории, которые были ранее либо вообще неосвоенными, либо были заняты племенами, стоявшими на более низкой ступени развития. Германцы, западные и южные славяне приходили на территории, ранее уже занятые и колонизированные греко-римской античной цивилизацией. Этого «подарка судьбы» Русь не получила, а контакты с Византией и другими государствами со сформировавшейся государственностью и действующими правовыми институтами были опосредованными, носили сложный и противоречивый характер. *В-четвертых*, роль общины как универсальной социокультурной, организующей и фискальной единицы была настолько велика, что компенсировала деятельность многих несовершенных государственных институтов. Это создавало иллюзию отрешенности от власти и блокировало развитие государственности.

Сама природа российского государства всегда была отлична от западной, что нашло свое отражение и в языке. В русском языке слово «государство» вос-

¹⁷ Лествичное право — способ княжеского престолонаследия в Древней Руси. Согласно лествичному праву на всем пространстве Древнерусского государства правила одна династия Рюриковичей, старший из которых занимал великокняжеский престол в Киеве, а младшие княжили в других русских землях, в менее крупных городах, в менее богатых княжествах. Великому князю наследовал не его сын, а следующий по старшинству, и тогда все князья перемещались из одной земли (менее значимой) в другую (более значимую). Конкретный князь не считал себя «привязанным» к конкретной русской земле и особо не заботился о ней, ибо его заветной мечтой и целью был Киевский великокняжеский престол. Женщины не могли наследовать власть. Любечский съезд князей (1097 г.) ограничил перемещения князей в пределах владений их отцов, а с конца XII в., был окончательно установлен удельный порядок владения, при котором отцу наследовал сын.

ходит к «государю», термину частнопрововому, собственнику рабов и вещей. Западные обозначения государства (английское *state* или французское *l'etat*) являются публично-правовыми понятиями, обозначают «состояние, упорядоченность». В английском языке слово «власть» (*power*) означает также и могущество. Русское слово «власть» восходит к глаголу «владеть». Западные государства уже в раннем Средневековье четко разделяют публичную власть государя и его частную собственность: «*imperium* и *dominium*». В русском языке понятие «правление» семантически восходит к «правителю» как государю, единолично осуществляющую публичную власть. На Западе — “*government*” (в английском языке) или “*gouvernement*” (во французском), это только система административно-бюрократического управления.

На Руси отношение к собственности принципиально отличалось от западного — все принадлежало правителю, который мог пожаловать собственность своему слуге, а мог и забрать ее назад. Свобода отсутствовала в принципе, ибо даже высшие сановники были всего лишь слугами великого князя, а затем царя. Города были военно-административными центрами, экономическая и торговая составляющая была в них вторичной. Столь же вторичным феноменом было и право, ибо практически все полагались на авторитет правителя, административный ресурс и военную силу.

Русское государство — типичная теллутократия, поскольку оно развивалось «вширь», за счет освоения гигантских пространств, покорения различных племен и народов. При этом перемещались в пространстве наиболее свободолюбивые, предприимчивые люди, пассионарии. Часто это были беглые крестьяне, бунтари, преступники, не желавшие находиться в зависимости ни от господ, ни от государства в целом. Именно они составили основу казачества, которое осуществило удивительную ментальную метаморфозу, касающуюся пространственного позиционирования. Заселяя окраины Русского государства, сдерживая агрессивных соседей-кочевников, казаки из бунтарей и оппозиционеров центральной власти превратились в первопроходцев освоения новых территорий, охранителей государственности от «внешнего и внутреннего врага».

Однако не только «огромность» русского пространства характеризовала особенности русской государственности. Расцвет Гардарики — «страны городов» был во многом обусловлен тем, что для европейцев реально были выгодны экономические отношения с Русью, а торговый путь «из варяг в греки» был наиболее безопасным способом контактов с Византией и Востоком. Падение Константинополя в 1204 г., временное католическое доминирование на Востоке, жесткое отстаивание своих экономических и политических интересов западноевропейскими талассократиями — Венецией и Генуей, а затем и усиление позиций исламского мира принципиально изменили геополитическую ситуацию, сузив экономические возможности Руси. Наряду с феодальной раздробленностью и слабой технологической базой это стало одной из причин поражения в столкновении с монголами. Монгольское нашествие не только надолго затор-

мозило развитие Руси, но и превратило страну в абсолютную автаркию¹⁸ с деспотическим монгольским стилем управления.

Русь-Россия имела шанс испытать еще и проблемы с западными соседями после освобождения от монгольского ига, однако «геополитическое счастье» оказалось в этот раз на ее стороне. Открытие Америки Колумбом в 1492 г. способствовало тому, что огромная масса крайне агрессивных безземельных идальго из Испании и Португалии, которые умели только воевать, направили свою необузданную энергию за океан. Англия, Франция, а затем и другие западноевропейские страны старались не отставать. Запад посчитал, что следует направлять свою энергию на освоение Америки, Африки, Азии, а не в сторону поднимающейся с колен России. В дальнейшем такие геополитические факторы, как яростные религиозные войны между католиками и протестантами, постоянное противостояние трех «сверхдержав» — Швеции, Польши и Османской империи — практически нейтрализовали агрессию Запада в направлении России. Однако постоянные агрессивные устремления самих этих ближних соседей, которые не были самыми сильными партнерами в западноевропейской геополитической игре, чуть было не привели к падению Руси-России и разрушению самой российской государственности. Пережив Смутное время, утерев огромные территории и сменив династию, Русь-Россия выстояла в этом военном и геополитическом противостоянии. Расширение пространства, отвоевание своих и приобретение новых территорий на западе и юге носило первоначально исключительно теллурократический характер, а потому не могло иметь большую эффективность. Петр I приложил немало сил для создания российского флота, но реальное освоение морских пространств началось только с конца XVIII в.

Покоряя огромные пространства, населенные народами с различной степенью цивилизованности, Россия была вынуждена «вбирать» их в свое политическое, правовое, культурное и духовное пространство. Происходило это с различной степенью результативности и военно-политической эффективности. На Северном Кавказе война шла почти полвека, крайне непросто складывались отношения с Польшей, крепостная зависимость значительной части русского крестьянства и «черта оседлости» для евреев были позорным явлением для России вплоть до начала XX в. Но, тем не менее, со временем в России сложился уникальный опыт совместного относительно мирного проживания в едином социально-экономическом и политико-правовом пространстве народов с различными религиями, находившихся на разном уровне идейно-интеллектуального развития, просто обладавших различным менталитетом.

¹⁸ Автаркия (от древнегреческого *αὐτάρκεια* — самообеспеченность, самодостаточность) система социальной, духовной и ментальной замкнутости, а также самостоятельного экономического воспроизводства с минимальными контактами с зарубежными странами и минимальной зависимостью от экономического обмена с внешней средой.

V. МУСУЛЬМАНСКАЯ ЦИВИЛИЗАЦИЯ

Мусульманский мир столь же уникален и неповторим, как и христианский мир Европы. Но если Западная цивилизация в своей основе имела земледельческую, оседлую программу, а варвары-завоеватели принимали культуру и религию завоеванных, то вся цивилизационная логика поведения кочевников была принципиально иной. Для мусульман занятие новой территории означало покорение — тотальное подчинение всех завоеванных, уничтожение язычников и снисходительное отношение к иудеям и христианам как монотеистам за определенную плату. Так же как и на Западе, код развития мусульманской цивилизации обусловлен производственно-технологическими процессами. Однако в отличие от земледельческой цивилизации он сопряжен с кочевыми алгоритмами жизни, экстенсивной производственной технологией, интенцией к перманентной агрессии. Кроме того, город там не играл такой роли как на Западе и внутренние конфликты «оазис — степь» во многом обуславливали развитие мусульманских государств. Характер собственности на Востоке всегда существенно отличался от западного, публично-правовые отношения довлели над частноправовыми. Право было принципиально иным — оно было исключительно религиозным, а все отрасли права по сути дела были растворены в государстве. Совершенно по-другому в мусульманском мире, впрочем, как и везде на Востоке, относились ко времени. Его сущность, течение и точность ценностями не являлись. Наследие Античности и знания, полученные учеными мусульманского Средневековья, никак не отразились на обыденном сознании и восприятии времени на бытовом уровне. В традиционном исламе бытует представление о «пучках времени», согласно которому оно имеет альтернативный, возвратный характер. Можно легко относиться к нормативности не только во времени, но и в договорных отношениях, можно опаздывать на деловые встречи. Собственно и ход истории в целом, и ход отношений с соседними государствами, социальными структурами и деловыми партнерами может носить альтернативный характер. Точность во времени нужна была только в одном случае — в установлении времени молитв. Сегодняшнее восприятие времени и права в арабомусульманском мире во многом изменилось, а мусульманский банкинг и мусульманский бизнес в высших сферах приобрели очень интересный характер, но традиции на уровне обыденного сознания продолжают оказывать свое влияние.

На Востоке прогресс никаким образом не коррелируется со временем, отношение к прогрессу, линейному восходящему времени и развивающемуся вслед за социально-экономическими отношениями праву было негативным. Так, суннитами было установлено, что мусульманское право после X в. уже развиваться не может («закрытие врат иджтихада»). Отсюда и жесткий консерватизм, неприятие новшеств.

Осторожное обращение к правовым новациям начинается не ранее XIX в. (франко-османское право), и то вследствие внешнеполитических обстоятельств

и вынужденного признания необходимости внутренних перемен. Уильям Мак-Нил отмечает, что обращенный по своей сути в прошлое характер мусульманского права и обрядовой системы предрасполагал мусульманский мир к негибкой позиции (McNeill, 2004:814). Агрессивные номадические цивилизации идеологизируют пространственно-временные параметры. В традиционном мусульманском правосознании пространство не принадлежит никому, границы условны. В пустыне, в песках также нельзя провести границу, как и в море, полагали мусульмане. Многие границы между мусульманскими государствами были проведены при дипломатическом и техническом содействии Запада уже в XX в., до этого считалось, что необходимость в демаркации отсутствует.

Урбанизм не имел в мусульманском мире того значения, которое он приобрел на Западе. Из трех групп мусульманского населения — кочевников, земледельцев и горожан — в классическом исламе первоначально доминировали первые. Именно кочевники задавали геополитический тренд и очень часто становились родоначальниками гигантских мусульманских империй. Для этих империй урбанизм имел другое, нежели на Западе, основание: город-оазис был местом отдыха-стоянки, это был военный лагерь или крепость, куда стягивались различные силы для дальнейшей экспансии. Но очень быстро эти оазисы, а затем и города, завоеванные у «неверных», становились центрами власти, религиозной и светской культуры, торгово-экономических отношений.

Хотя города и не имели такого значения как на Западе, тем не менее, они поддерживали баланс в отношениях между городскими жителями, сельскохозяйственным населением и «бедуинизированной» степью.

Между талассократией и теллурократией мусульмане выбирали второе. В позднем Средневековье даже для хаджа нанимались испанские и португальские корабли, но не использовались свои. Осознание значимости талассократии пришло в мусульманский мир довольно поздно. Прославленные адмиралы Османской империи учились у европейцев, а часто просто были европейскими моряками, оказавшимися на службе у мусульман в силу различных причин. Только наличие в рядах берберийских пиратов ренегатов-европейцев, ставших опытными мореплавателями, позволило агрессии распространиться далеко за пределы Средиземного моря. В своих агрессивных устремлениях берберийские пираты достигали даже берегов Исландии, нападали на торговые суда молодых Соединенных Штатов Америки, что спровоцировало Берберийские войны — первые войны американцев за пределами своей страны. Призывы западноевропейской общественности и решительные действия американских моряков¹⁹, разрушивших пиратскую инфраструктуру Алжира, Триполи, Туниса и других

¹⁹ Разумеется, огромная заслуга в ликвидации берберийского пиратства принадлежит Стивену Декейтеру — иконе американской военно-морской истории, национальному герою США.

пиратских гнезд, положили конец морскому разбою мусульман в Средиземноморье.

VI. ПРОСТРАНСТВО И ВРЕМЯ НА ВОСТОКЕ

Отношение к пространству и времени в восточных цивилизациях еще более отличалось от западного понимания этих категорий, нежели в мусульманском мире. В огромной мере это сказалось на урбанизме. Города существовали, и они были порой огромными, но вряд ли можно было говорить о свободе применительно к ним (Elisseeff, 2007:495–498; Elisseeff, 2006:253–256; Basham, 2007:186–189). Разумеется, были достижения и в сфере освоения морских пространств, а китайцами был создан компас, но они не были сравнимыми с западными, а главное ментально представители восточных культур не были готовы осваивать море (Elisseeff, 2007:498–503). В огромной мере именно это и стало основой покорения восточных стран Западом.

Для китайцев пространственная парадигма была понятной и легко объяснимой. В древности китайцы полагали, что существует пять сторон света. Кроме понимаемыми всеми севера, юга, запада и востока существует еще и центр — Чжун, который располагается прямо перед входом в небо, посему и Китай есть Серединное государство — Чжун го.

Поскольку в древности контакты с окружающим миром носили весьма специфический характер, а китайцы не стремились к общению с иностранцами, они свято верили в то, что их государство — Поднебесная империя — находится в центре мира. Собственно и сегодня, несмотря на все достижения науки в различных сферах, ментально китайцы позиционируют себя и свою страну так же, как и сотни лет тому назад.

В традиционном Китае время было циклично, оно не являлось последовательностью событий как равномерных отрезков бытия, текущих из прошлого через настоящее — в будущее. Марсель Гране утверждает, что в традиционном Китае вообще не было разработано понятие времени (Granet, 2008). Для китайцев время — это неоднородные отрезки, существующие в настоящем. На первый взгляд кажется, что собственно «прошлого» уже нет, а «будущего» еще нет. Но на самом деле существование проблемы именно в восприятии времени.

«Китайский язык не имеет спряжения... Этот язык не предназначен для того, чтобы проводить различие между временами, что собственно, и предлагается спряжением. Поэтому он не приводит к мысли о времени как родовом понятии, рожденном сочетанием времен... фактическое отсутствие спряжения, означает отсутствие морфологической связи временного пласта с глагольным, поэтому нет необходимости выбирать одну из временных модальностей, исключая другие» (Jullien, 2005:46–47).

Тем не менее, именно в Китае каждый исторический период имел именно то личное имя, которое было связано с жизнью императоров или династий, пра-

вивших в центре мира. Желание (далеко не всегда осуществимое) отгородиться от всего мира сформировало представление об идеальном замкнутом пространстве, которое наряду с цикличным временем конструировало модель китайского мира. И бытие, и небытие существовали в реальности, уход из жизни считался перемещением в другую реальность, в другое пространство и время. Китайский мыслитель, Хун Цзычэн, живший в XVI–XVII вв., писал: «Продолжительность времени зависит от нашего настроения. Размеры пространства обусловлены нашим сознанием. Поэтому, когда душа не в беспокойстве, один день равен тысяче веков, а когда помыслы широки, крохотная хижина вмещает в себя целый мир». Отсюда — неостребованность права, скептическое отношение к любым изменениям, и уж тем более — к прогрессу; ведь на свете нет ничего нового и нет необходимости устанавливать какие-либо новые социальные нормы, кроме тех, которые существовали веками. Китайское государство находилось в центре мира, а к праву следовало прибегать в исключительных случаях (Elisseeff, 2007:132–135)²⁰.

Темпоральные и событийные реальности находятся за пределами интересов индусов в их традиционной жизни — ведь даже представители низших варн мыслят категориями вечности и бесконечности. Поэтому в индийских литературных памятниках практически отсутствуют сведения о социальных условиях и политических событиях (McNeill, 2004:266–267), а отдельные куски классических литературных текстов, например Махабхараты и Рамаяны, могут быть без ущерба для общей канвы повествования переставлены местами. Для индусов конкретная дата и точное время не столь важны. Бывает, что индийские газеты выходят без указания даты — важно само событие, а не то, когда именно оно произошло (Pomerants, 1995:309).

В той же мере и по той же причине и право для классического Востока ценностью не является: в традиционной Индии право неизвестно: оно лишь носит обусловленный характер в между правилом письменным и правилом устным; история права в Китае — это история его отсутствия или его ограничения; термин «право», «обязанность» не имеют эквивалента в японском языке (Rouland, 2005:40–55). Перевод на японский язык словосочетания «гражданские права» привел к появлению странного для европейского уха неологизма «сила народа распоряжаться», что вызвало неоднозначную реакцию у японских правителей.

В целом для Востока характерно явление, которое можно назвать «западное проникновение без принципиальной абсорбции». Усваиваются некоторые внешние формы, усваиваются технологии, некоторые правовые феномены, но в целом мир не претерпевает кардинальных изменений. Это наиболее ярко про-

²⁰ Школа легистов, «фа-цзя» не приобрела особой любви, а ее сторонники, когда приходили к власти (в эпохи Ци и в Цинь), устанавливали крайне жестокие законы и наказания.

явилось в Японии, чья цивилизация столетиями была отголоском китайской. Японцы долгое время находились в полной изоляции от внешнего мира, и на то у них были веские основания²¹. Японцев совершенно не интересовало все, что происходило за пределами их островов, они резко ограничили общение с иностранцами, и только два голландских корабля имели права один раз в год посещать порт Нагасаки²². Ситуация резко изменилась в середине XIX в. Поняв, что изоляция ведет к застою и упадку, молодые реформаторы во главе с императором Муцухито произвели тотальную реконструкцию страны. Наряду с технологическими и социально-политическими преобразованиями произошли серьезные изменения и в ментальности японцев.

«Как прежде алчущие знания умы ходили по дорогам Древней Японии в поисках мудреца, который привел бы их к просветлению, молодые люди новой империи отправились через моря на далекий Запад. Они порывали с изоляцией, которая фактически или юридически была уделом любого японского подданного на протяжении четырех веков» (Elisseeff, 2006:216-217).

Начиная с реставрации Мэйдзи, японцы быстро усваивали и «творчески перерабатывали» буквально все достижения Запада — от чисто технологических, причем буквально во всех областях, до духовно-интеллектуальных²³. Восточная и западная ментальность в равной степени поощрялась в создаваемых в то время японских университетах. «Японский дух и западная наука» (закон *экай*) удачно дополняли друг друга» (Elisseeff, 2006:106).

Вторая половина XX в. показала, что и другие цивилизации Дальнего Востока, а также Индия с разной степенью интенсивности готовы идти по этому пути. Сегодняшняя открытость миру, высочайшие достижения в социально-экономической сфере, востребованность права, демократии, при сохранении традиционных ценностей, демонстрируемые Китаем, Южной Кореей, Сингапуром, другими странами дальневосточного региона, свидетельствуют о том, что в самое ближайшее время пространственный вектор прогресса сместится на Восток.

VII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящее время сложно говорить о том, можно ли признавать современный Запад образцом для подражания всего мира. Желание видеть мир одно-

²¹ Дважды — в 1274 г. и в 1281 г. — войска хана Хубилая пытались захватить страну. Оба раза страну спасал божественный ветер — «камикадзе», тайфун, который, по мнению японцев, был ниспослан провидением.

²² При этом японцы называли голландцев «южными варварами», ибо корабли действительно прибывали в Нагасаки с юга, — настолько японцев не интересовал окружающий мир.

²³ В центре японской ментальности находится феномен «медзурасия» — любовь к чужому и новому.

полярным является теоретически необоснованным и политически неоправданным. Генри Киссинджер, которого сложно обвинить в антиамериканизме, в свое время заявил: «Международная система двадцать первого века будет состоять, по крайней мере, из шести основных держав — Соединенных Штатов, Европы, Китая, Японии, России и, возможно, Индии, а также множества средних и малых государств» (Kissinger, 1997:23–24). Реальность подтверждает правильность прогноза мэтра мировой политики.

Действительно, Запад сделал чрезвычайно много для развития мировой цивилизации. Вряд ли бы мир был таким, каков он есть, если бы не длительная, сложная кропотливая работа многих поколений, которые шли к сегодняшним достижениям через страдания, кровь, пот, интеллектуальные, ментальные и военные подвиги. «Выдвигаемый аргумент о том, что распространение по всему миру поп-культуры и потребительских товаров олицетворяет триумф западной цивилизации — это опошление западной культуры. Суть западной цивилизации — это *Magna Carta*, а не *Magna MacDonald's*. То, что жители не-Запада могут перекусить гамбургер, не подразумевает, что они примут первое» (Huntington, 2005:77–78).

Запад попытался осуществить политику мультикультурализма, что является своеобразной реакцией ответственности за политику колониализма. Сегодняшним и завтрашним временем в правовом и политическом пространстве Запад пытается ответить за свои имперские амбиции в прошлом. Социальные, экономические и политические достижения Запада стали настолько привлекательны, что вызвали волны миграции, сопоставимые с великим переселением народов. Облик западного мира стал меняться, западные лидеры «посадили на шею» западному налогоплательщику миллионы нахлебников, чей менталитет совершенно не соответствует западной трудовой этике, уважению к собственности (своей и чужой), значимости права и законопослушности, стремлению всего добиваться своим трудом и интеллектуальными способностями. Кроме того, современный западный мир включает в себя не только бывшие колониальные империи (Великобританию, Францию, Испанию, Португалию, Германию, Италию, Нидерланды, Бельгию), которые действительно проводили в разное время колониальную политику и ответственны за нее, но и те страны, которые в свое время в колониальном дележе мира участия не принимали. Отсюда и позиция стран, возникших на обломках Российской и Австро-Венгерской империй (Австрия, Венгрия, Польша, Чехия, Словакия, Словения, Хорватия и др.). Лидеры этих стран с большим скептицизмом относятся к западной миграционной политике, и не желают помогать мигрантам из Африки и Азии. Значительная часть из них полагает, что сегодня у них-то перед мигрантами нет никаких обязательств за те грехи, которые совершили в прошлом чужие политики других стран.

Таким образом, благодаря пространственному и темпоральному позиционированию явлений правовой культуры возможно понимание развития цивили-

зации как целостности, понимание параметров и направлений ее бытия. Приобретая правовой и политический смысл, эти параметры и направления способны определить вектор развития и локальных цивилизаций, и мировой цивилизации в целом, предсказать будущее мира.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Basham, A. (2007) *Drevnei Indii* [La Civilisation de l'Inde ancienne]. Translated from French Gavrilova, E. Ekaterinburg, U-Faktoriya. (in Russian)
Бэшем А. Цивилизация Древней Индии / пер. с фр. Е. Гавриловой. Екатеринбург : У-Фактория, 2007.
- Bloch, M. (2003) *Feodal'noe obshchestvo* [La Société féodale]. Translated from French Kozhevnikova, M. Yu. & Lysenko, E. M. Moscow, Sabashnikovyykh publ. (in Russian)
Блок М. Феодалное общество / пер. с фр. М. Ю. Кожевниковой, Е. М. Лысенко. М. : Издательство им. Сабашниковых, 2003.
- Elisseeff, D. & Elisseeff, V. (2006) *Yaponskaya tsivilizatsiya* [La Civilisation japonaise]. Translated from French El'fond, I. Ekaterinburg, U-Faktoriya. (in Russian)
Елисеефф В., Елисеефф Д. Японская цивилизация / пер. с фр. И. Эльфонд. Екатеринбург : У-Фактория, 2006.
- Elisseeff, D. & Elisseeff, V. (2007) *Tsivilizatsiya klassicheskogo Kitaya* [La Civilisation de la Chine classique]. Translated from French Loevskii, D. Ekaterinburg, U-Faktoriya. (in Russian)
Елисеефф В., Елисеефф Д. Цивилизация классического Китая / пер. с фр. Д. Лоевского. Екатеринбург : У-Фактория, 2007.
- Granet, M. (2008) *Kitayskaya mysl' ot Konfutsiya do Laotszy* [La Pensée Chinoise]. Translated from French Iordanskii, V. B. Moscow, Respublika, Algoritm. (in Russian)
Гране М. Китайская мысль от Конфуция до Лаоцзы / пер. с фр. В.Б. Иорданского М. : Республика; Алгоритм, 2008.
- Gurevich, A. Ya. (2005) *Individ i soisium na srednevekovom Zapade* [The individual and society in the medieval West]. Moscow, ROSSPEN. (in Russian)
Гуревич А.Я. Индивид и социум на средневековом Западе. М. : РОССПЭН, 2005.
- Hayek, F. A. (2006) *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy.* Translated from English Pinsker, B. & Kustarev, A. Moscow, IRISEN. (in Russian)
Хайек Ф.А. фон Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера, А. Кустарева. М. : ИРИСЭН, 2006.
- Huizinga, J. (2016) *Osen' Srednevekov'ya* [Herestij der Middeleeuwen]. Translated from Dutch Sil'vestrov, D. V. Saint Petersburg, Ivan Limbakh publ. (in Russian)
Хейзинга Й. Осень Средневековья / пер. с нидерл. Д. В. Сильвестрова. СПб.: Издательство Ивана Лимбаха, 2016.
- Huntington, S. (2005) *Stolknovenie tsivilizatsii* [The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order]. Translated from English Novikov, Yu., Krivtsova, E. & Velimeev, T. Moscow, Midgard, AST. (in Russian)
Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / пер. с англ. Ю. Новикова, Е. Кривцовой, Т. Велимеева. М. : Мидгард, АСТ, 2005.

- Jullien, F. (2005) *O «vremeni». Elementy filosofii «zhit'»* [Du «temps». Elements d'une philosophie du vivre]. Translated from French Lysenko, V. G. Moscow, Progress-Traditsiya. (in Russian)
Жюльен Ф. «Времени». Элементы философии «жить» / пер. с фр. В.Г. Лысенко. М. : Прогресс-Традиция, 2005.
- Kissinger, H. (1997) *Diplomatiya* [Diplomacy]. Translated from English L'vov, V. V. Moscow, Ladomir. (in Russian)
Киссинджер Г.А. Дипломатия / пер. с англ. В.В. Львова. М. : Ладомир, 1997.
- Klyuchevskii, V. O. (1987) *Sobranie sochinenii v devyati tomakh. Kurs russkoi istorii* [Collected Works in Nine Volumes. Course of Russian History]. Vol. 1. Moscow, Mysl'. (in Russian)
Ключевский В.О. Собрание сочинений в девяти томах. Курс русской истории. Т. 1. М. : Мысль, 1987.
- Le Goff, J. (2005) *Tsivilizatsiya srednevekovogo Zapada* [La civilisation de l'Occident médiéval]. Translated from French Gurevich, A. Ya. Ekaterinburg, U-Faktoriya. (in Russian)
Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада / пер. с фр. А. Я. Гуревича. Екатеринбург : У-Фактория, 2005
- Le Goff, J. (2007) *Rozhdenie Evropy* [L'Europe est-elle née au Moyen Age?]. Translated from French Popova, A. Saint Petersburg, ALEXANDRIA, 2007. (in Russian)
Ле Гофф Ж. Рождение Европы / пер. с фр. А. Поповой. СПб. : ALEXANDRIA, 2007.
- Malakhov, V. P. (2013) *Mify sovremennoi pravovoi teorii* [Myths of Modern Legal Theory]. Moscow, YuNITI-DANA. (in Russian)
Малахов В.П. Мифы современной правовой теории М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2013.
- Mansuelli, G. A. (2007) *Tsivilizatsii drevnei Evropy* [Les Civilisations de l'Europe ancienne]. Translated from French Abramov, E. Ekaterinburg, U-Faktoriya. (in Russian)
Мансуэлли Г. Цивилизации древней Европы / пер. с фр. Е. Абрамова. Екатеринбург : У-Фактория, 2007.
- McNeill, W. H. (2004) *Voskhozhdenie Zapada: Istoriya chelovecheskogo soobshchestva* [The Rise of the West. A History of the Human Community with a Retrospective Essay]. Translated from English Galushka, A. Marichev, E. T., Miram, G. E. & Petrov, V. K. Kiev, Nika-Center, Moscow, Starklayt. (in Russian)
Мак-Нил У. Восхождение Запада: История человеческого сообщества / пер. с англ. А. Галушка, Е. Т. Маричев, Г. Э. Мирам, В.К. Петров. Киев : Ника-Центр; М. : Старклайт, 2004.
- Meccarelli, M. & Solla Sastre. M. J. (2016) Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction. In: Meccarelli, M. & Solla Sastre, M. J. (eds.) (2016) *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*. Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, pp. 3–24. Available from: doi:10.12946/gplh6.
- Podvoisky, D.G. (2005) *Antinomiya «Rossiya — Zapad» i problema sotsiokul'turnoi samobytnosti* [Antinomy «Russia — the West» and Problem of Social and Cultural Identity]. Moscow, RUDN.
Подвойский Д.Г. Антиномия «Россия — Запад» и проблема социокультурной самобытности. М. : РУДН, 2005. (in Russian)
- Pomerants, G. S. (1995) *Vykhod iz transa* [Exit from Trance]. Moscow, Yurist. (in Russian)
Померанц Г.С. Выход из транса. М. : Юрист, 1995.
- Rokkan, S. (1975) Dimensions of State Formation and Nation-Building: A Possible Par-adigm for Research on Variations within Europe. In: Tilly, Ch. & Ardant, G. (eds.) *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton, N.J., Princeton University Press, pp. 562–600.

- Rouland, N. (2005) *Istoricheskoe vvedenie v pravo* [Introduction historique au droit]. Translated from French Voronov, A. B. Moscow, Nota Bene. (in Russian)
Рулан Н. Историческое введение в право / пер. с фр. А. Б. Воронова. М. : Nota Bene., 2005.
- Uspenskii, B.A. (2002.) *Etyudy o russkoi istorii* [Etudes on Russian History]. Saint Petersburg, Azbuka. (in Russian)
Успенский Б.А. Этюды о русской истории. СПб. : Азбука, 2002.
- Verle, A. V. (2005) Prostranstvo proshlogo: ritm — kontekst — sobytie [The Space of the Past: Rhythm — Context — Event]. In: Kusun, I. V (ed.) *Modusy vremeni: sotsial'no-filosofskii analiz: sbornik statei* [Modes of Time: Socio-Philosophical Analysis]. Saint Petersburg, Sankt-Peterburgskii universitet publ. pp. 79-90. (in Russian)
Верле А.В. Пространство прошлого: ритм — контекст — событие // Модусы времени: социально-философский анализ: сборник статей / под. ред. И.В. Кузина. СПб. : Изд-во Санкт-Петербургского университета. 2005. С. 79–90.
- Wieacker, F. (1990) Foundations of European Legal Culture. *The American Journal of Comparative Law*. 38 (1), 1–29.
- Wollheim, R. (1958) Democracy. *Journal of the History of Ideas*. 19 (2), 225–242.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Сигалов Константин Елизарович, доктор юридических наук, доцент, заместитель директора, Институт проблем эффективного государства и гражданского общества, Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации.

ORCID ID: 0000-0002-6864-8570

Контактная информация:

e-mail: Sigalovconst@mail.ru

Для цитирования:

Сигалов К.Е. Пространственные и темпоральные основания освоения правовой цивилизации: покорение или абсорбция // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 1. С. 42–65, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-42-65

THE SPATIAL AND TEMPORAL GROUNDS OF LEGAL CIVILIZATION DEVELOPMENT: CONCENTRATION OR ABSORPTION

Konstantin E. Sigalov

Financial University under the Government of the Russian Federation
Institute of Effective State and civil society
49, Leningradsky Prospekt, Moscow, Russia, 125993

The law, like everything in nature and society, is subordinated to universal forms of existence of the material world. At the same time, the general characteristics of objective reality, the most important forms of existence such as space and time determine the essence and specific features of the law formation and development in different regions.

First, the Article reveals the features of the legal space. The space is chorus of significant interrelations, the way of organization, the «scale» of the influence of legal remedies on social life, etc. The

space contributes to the understanding of the law environment as integrity, also due to the space a common language and general rules are possible. For human history the geographical space is permanent and almost unchanged. However, the social practice is becoming less and less dependent only on these conditions. On the basis of his practice, a person seeks to change the social life and the substance of culture. The variety of legal systems is due to various reasons. The Natural and geographical factors, features of civilizational technologies determine the different conditions and needs of life of different countries and communities.

Second, the article defines the specificity of the legal time. The time and law are fundamental categories of humanitarian knowledge. At first sight, these categories are not quite proportionate: the time is a category related to all inanimate and living matter, to social phenomena, and also to cognition; the law reflects solely the form of existence of social reality. Nevertheless, in the social sphere and in the field of normativity, the time and law are similar to consider their role in the people's lives. The effect of the law is connected with the effect of the time, because the law specifies the basis for possible behavior.

The spatial-temporal characteristics cut across the legal culture and legal life.

Key words: law; space; time; civilization; progress; the Antiquity; the Middle Ages, West; East; absorption of culture

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Konstantin E. Sigalov, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Deputy Director, Institute of Effective State and Civil Society, Financial University under the Government of the Russian Federation.

ORCID ID: 0000-0002-6864-8570

Contact information:

e-mail: Sigalovconst@mail.ru

For citation:

Sigalov, K. E. (2018) Prostranstvennye i temporal'nye osnovaniya osvoeniya pravovoi tsivilizatsii: pokorenie ili absorbtziya [The Spatial and Temporal Grounds of Legal Civilization Development: Concentration or Absorption]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 42–65. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-42-65.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-66-90

ФОРМИРОВАНИЕ ИНСТИТУТА СОУЧАСТИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ ИНДИИ XIX В.

Н.А. Крашенинникова

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова
Юридический факультет
119991, Москва, Россия, ул. Ленинские горы, 1/13–14, ГСП-1

Е.Н. Трикоз

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

Статья посвящена истории доктринальной обработки и текстуального закрепления института соучастия в уголовном праве Индии колониального периода. С учетом смешанной природы правовой системы этой страны авторы рассматривают различные подходы к соучастию: как с позиций доколониальной ортодоксальной традиции (дхармическая литература) и местного мусульманского права, так и с учетом англосаксонской правовой традиции и постколониальной судебной практики. Источниками исследования послужили акты колониального законодательства, подготовительные материалы и текст Уголовного кодекса Индии 1860 г., труды ведущих представителей английской и индийской уголовно-правовой науки, а также знаковые судебные решения индийских судов.

На основе предпринятого историко-догматического анализа авторы дают оценку проблематике групповой преступности и ее значению в истории уголовно-правовой системы Индии. В качестве эмпирического материала послужили криминалистическая статистика и описания криминальной обстановки колониальной Индии.

Для Индии было характерно превалирование различных форм совместной преступной деятельности местных жителей как следствие традиционной варново-кастовой иерархичности и коллективно-групповой идеологии. Отдельную и наиболее опасную категорию «преступных каст» представляла религиозная криминальная секта тугов (разбойников-душителей). Именно с их уголовного преследования начались теоретические поиски более цивилизованных методов уголовной политики и способов противодействия групповой (организованной) преступности в британской Индии. В условиях разросшейся колониальной преступности, связанной с голодом, мятежами, ритуальными грабежами и жертвоприношениями, английские чиновники (У. Бен-тинк, Т.Б. Маколей, У.Г. Слиман) смогли разработать особую концепцию соучастия и практически апробировать этот институт Общей части УК Индии 1860 г. Важным итогом исследования стало выявление отличительных особенностей конструкции соучастия в индийском уголовном праве по сравнению с его аналогом в праве метрополии (новаторские положения «проекта Маколея»). Кодифицированные нормы о соучастии в Общей части УК 1860 г. детально регламентировали вопросы классификации форм соучастия, оснований ответственности и различий в субъективной и объективной стороне (*mens rea* и *actus reus*), соучастие в неоконченном преступлении, участие в преступлении должностных лиц, укрывательство преступления, преступный сго-

вор и др. Авторы статьи делают вывод, что постепенно в УК Индии и судебной практике произошло «размывание» изначально узкой трактовки понятия соучастия за счет активного судебного толкования его форм и категорий соучастников.

Ключевые слова: УК Индии; англосаксонская семья права; уголовная ответственность; соучастие в преступлении; организованная группа; преступное сообщество; признаки преступного соучастия; колониальное право; индусское право

I. ВВЕДЕНИЕ

Соучастие является одним из древнейших классических институтов уголовного права. В мире нет, пожалуй, ни одного уголовного кодекса, в общей части которого не нашел бы отражения этот уголовно-правовой институт. Исторически групповая преступность была достаточно распространенным явлением и представляла собой наибольшую общественную опасность. Подготовка и совершение преступления с участием нескольких лиц и в условиях «взаимовыручки» соучастников всегда повышает «шансы на успех» преступного замысла, способствует достижению преступной цели и сокрытию содеянного, уклонению от органов правосудия и совместному сопротивлению в случае уголовного преследования.

Историко-правовое исследование англосаксонского института преступного соучастия, перенесенного на колониальную почву Британской Индии с заимствованиями местной уголовно-правовой практики, способствует более глубокому осмыслению феномена групповой преступности с учетом иностранного опыта криминологической политики по преодолению опасных форм соучастия.

Целью настоящего исследования является обобщение и анализ доктринальных позиций и законодательных положений института соучастия (*conspiracy*) в смешанной правовой системе Индии. Авторы ставят перед собой такие прикладные научные задачи, как изучение различных подходов к толкованию соучастия в индийской ортодоксальной традиции и частично в нормах мусульманского права, а также в источниках британской уголовно-правовой науки, актах колониального законодательства и решениях индийских судов. Первая часть статьи посвящена рассмотрению института соучастия через призму истории преступлений, совершаемых группами лиц в Британской Индии, а вторая часть связана с анализом нормативной регламентации этого института в Уголовном кодексе Индии 1860 г., в том числе со сложными вопросами разграничения отдельных форм соучастия, совиновничества и преступного сговора.

II. РАСПРОСТРАНЕНИЕ ГРУППОВОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В КОЛОНИАЛЬНОЙ ИНДИИ

Как утверждают английские историки права Ф. Поллок и Ф.У. Мейтленд, институт содействия преступнику, оказания ему поддержки и укрывательства был известен раннесредневековому праву Англии (Pollock & Maitland,

1898:510). Так, в уэссекской «Правде Инэ» 690 г. содержались нормы о различных видах соучастия: простое соучастие квалифицировалось при наличии группы до 7 человек, толпа (шайка) — до 35 человек, «военное нашествие» — свыше 35 человек; а также говорилось об ответственности членов семьи вора, знавших о совершении им преступления, и устанавливался возраст в 10 лет для мальчиков, совершивших укрывательство преступника (ст. 7, 13.1)¹.

В средневековом английском праве под соучастием (*complicity*) подразумевалась особая форма совместной (групповой) преступной деятельности (*joint enterprise*), когда объединялись усилия нескольких лиц для достижения единого намерения совершения преступления. Постепенно сложившаяся в уголовно-правовой доктрине и нормах «общего права» концепция соучастия была перенесена в конце XVIII — начале XIX в. в колониальное уголовное право. У британских властей были веские утилитарные причины введения собственных уголовно-правовых концепций, весьма чуждых правовой культуре Индии.

На примере Британской Индии с ее особенно пестрой правовой системой можно проследить, как развивались в колониальном праве положения противодействия совместной преступной деятельности и совместному участию в преступлении (англ. *participation in crime*). Синкретичное своеобразие правовой культуры Индии усугублялось огромными размерами субконтинента, «правовой чересполосицей» полуфеодальных княжеств, отягощалось индомусульманскими противоречиями, культурно-религиозной и расово-этнической пестротой индийского населения (Krashennnikova & Trikoz, 2017:183–206).

На первом этапе, в конце XVIII — начале XIX в., британский парламент санкционировал применение мусульманского и индуистского права в колониальных судах по уголовным делам (Shahdeen, 1994:15–20). Колониальные суды, как учрежденные Ост-Индской компанией, так и королевские суды, весьма хаотично и противоречиво применяли к случаям групповой преступности местные предписания индусского и мусульманского права, а в спорных случаях обжалования решений общинно-племенных судов использовали английскую доктрину соучастия, также весьма путанную и отягощенную прецедентным толкованием, по принципу «эквивалентности» (лат. *accessorium* — дополнительный, несамостоятельный). Согласно акцессорной теории, все соучастники несли одинаковую с непосредственным исполнителем ответственность как его *alter ego* (соисполнители), кроме т.н. «соучастников после факта совершения преступления». Соучастники наказывались за их участие в непосредственном совершении преступления или даже на стадии покушения на него (Chernykh, 1986:12). Здесь решающим элементом признания уголовно наказуемого соучастия считалась преступная воля, злое намерение, разумение соучастника.

¹ Хрестоматия по истории средних веков / под ред. С.Д. Сказкина. Т. 1. Раннее средневековье. М. : Изд-во социально-экономической литературы, 1961. С. 600.

Средневековая конструкция института соучастия развивалась и в местной правовой культуре, в частности, в «дхармической литературе» индийской ортодоксальной традиции. Этот институт был закреплён в наиболее авторитетных дхармашастрах «Законах Ману» (II в. до н.э. — II в. н.э.), в которых регламентировались отдельные вопросы соучастия, например, укрывательство вора, оказание ему материальной поддержки, и даже получение брахманом взятки от вора (за исполнение жертвоприношения в его пользу). Пособников, которые давали ворами пищу и оружие, дхармашастры предписывали наказывать как самих воров. Как было указано, справедливый раджа «пойманного с краденым и воровским инструментом велит казнить, не колеблясь» (ст. 270 гл. IX ЗМ)². За подстрекательство также устанавливалось наказание, аналогичное основному преступлению (Glücklich, 1982:62–65).

После завоевания Делийского султаната мусульманским государством моголов в Индии была введена мусульманская уголовно-правовая система. Со временем нормы шариата стали применяться почти безраздельно к индусам, буддистам, христианам, иудеям и другим жителям подконтрольных княжеств. В этих нормах доколониального периода институт соучастия был ещё недостаточно разработан, хотя уже выделился ряд общих правил об ответственности за совместное преступление (Banerjee, 1962:10–14). Некоторые из них имели кораническое происхождение: «В злодеяниях и вражде / Друг другу не оказывайте помощь. / Страшитесь Господа / Он в наказании силен» (Коран. Сура 5 «Трапеза»). В шариате запрещалось отдавать приказ на греховное дело, а всякое преступление объявлялось жесточайшим и величайшим грехом; одна из норм шариата гласила: «то, что ведёт к греху (преступлению), является грехом». Следовательно, любая форма участия в подготовке или совершении преступления признавалась грехом, подлежащим наказанию.

Другое средневековое правило гласило, что число лиц, подвергаемых по принципу талиона кровомщению (убийству из кровной мести), должно быть строго равным числу жертв откупаемого преступления. На этой основе шариатские суды в Индии стали ограничивать простых участников преступления от «главных виновников», которые подлежали всегда строгому установленному наказанию (*худуд* или *кисас*) — смертной казни, в то время как собственно «соучастники» наказывались по усмотрению судьи (наказание *та'азир*). Например, если один из них удерживал жертву в то время, как другой (исполнитель) наносил смертельные удары, то лишь этот последний приговаривался к смертной казни, а первый как соучастник получал удары плетью и отправлялся в тюрьму.

В мусульманском праве доколониальной Индии различали такие формы соучастия, как преступный сговор, подстрекательство и пособничество, первые

² Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века. М. : Норма, 2017. С. 123.

из которых относились к активным по своей природе преступным действиям. Причем сговор о совершении преступления признавался наказуемым, даже если его участники не предприняли каких-либо действий с целью реализации своих планов. В этом нормы шариата отличались от англосаксонской доктрины преступного сговора и акцессорной теории. Допускалось наказание за подстрекательство, даже если склоняемый не совершил «заказанного» подстрекателем преступления. Посоничество в шариате было наказуемым даже в пассивной форме (например, недонесение о преступлении). Соккрытие вора или убийцы также рассматривалось как самостоятельное преступление *та'азир*, наказываемое лишением свободы и телесным наказанием.

Наряду с «материальным» исполнителем наказывался и «духовный», или моральный, исполнитель, который просто использовал для совершения преступления лиц, не подлежащих уголовной ответственности (в силу их невменяемости, возраста, принуждения или отсутствия умысла).

В отличие от англосаксонского права в шариате добровольный отказ исполнителя от преступления не исключал наказуемости иных соучастников. Таким образом, в средневековой (доколониальной) Индии распространилась мусульманская концепция соучастия в преступлении, которая отрицала его акцессорную природу и в любом случае вела к уголовной ответственности пособника и подстрекателя (Kaspshak, 2016:101–102).

Хотя в мусульманской правовой доктрине соучастник должен был «подлежать» тому же наказанию, что и сам исполнитель, в судебной практике он далеко не всегда подвергался такому же наказанию.

В средневековом индийском обществе процветали религиозно-сектантские и внутрикастовые социальные группировки, объединявшиеся под сенью какого-либо культа или ремесла, нередко промышлявшие разбойными нападениями и ведущие полукриминальный образ жизни. После прихода англичан такая криминогенная обстановка в индийских колониях казалась неискоренимой цивилизованными (западными) методами. Индийское общество с его феноменальной мозаичностью и социальной корпоративностью легко допускало отклоняющие (девиантные) формы деятельности разных группировок (каст, сект, панчаятов и др.), главы которых обладали устойчивой духовной властью и особым моральным авторитетом. Они были способны организовать тайные или даже открытые сообщества антибританской направленности, поднять мятеж против колониальных властей или миссионеров в отдельной общине, княжестве или президентстве.

Коллективистские начала и кастовый способ социальной организации, основанный на древнеиндийском «законе четырех варн и стадий жизни» (*чатур — варна — ашрама — дхарма*), находил отражение в «криминогенной обстановке», разрасталась практика незаконной деятельности внутрикастовых и сектантских полукриминальных объединений. Такую ситуацию британские колониальные власти не могли первое время адекватно воспринимать и контролировать.

Английские колонизаторы, осознавая особенности традиционной варново-кастовой иерархичности и коллективно-групповой идеологии в Индии, с которыми была тесно связана распространенная здесь групповая преступность и разнообразные формы преступного соучастия, ввели систему *косвенного колониального управления*.

Сохраняя первое время «кастовую автономию» и суверенность традиционного правового регулирования в соответствии с нормами индуистского и мусульманского права, английские чиновники и судьи столкнулись с ростом полукриминальной и даже открыто насильственной активности группировок и сообществ. Они вели борьбу за повышение своего социального (и прежде всего варнового) статуса среди других более высоких каст, а также против политики «белой администрации». Яркий пример в этот период дает шудрянская каста *каятхов* — средневековых писцов, традиционно занимавших административные посты при индийских раджах и затем уже в колониальной администрации Индии. Разрасталась групповая преступность и среди членов касты «неприкасаемых»: под видом «борьбы за равноправие» и против причисления их к низшей варне *шудр* они вели полукриминальную борьбу с дискриминирующими их властями. На этой волне недовольства ограничениями в своей правоспособности «неприкасаемые» часто вовлекались в организованную преступность и различные формы соучастия.

Отдельной категорией «преступных каст» в колониальной Индии являлись такие, которые по сути выбрали совершение преступлений в качестве своей кастовой специализации. Это, в частности, кочевая каста *канджаров*, занимавшихся похищением людей и грабежами; касты *коли* и *баухари*, специализировавшиеся на краже скота; каста *бхампта*, профессиональная практиковавшая железнодорожные кражи; близкая к «неприкасаемым» криминальная каста *барвар*, члены которой были профессионалами в боевых искусствах и зачастую решали конфликты насильственным способом; каста *харни*, избравшая «профессией» занятие проституцией, и др.

С точки зрения британских колониальных властей небольшие традиционные общины, низшие касты, лесные и горные (пригималайские) племена, ведущие кочевой образ жизни представляли потенциальную угрозу для общества, поскольку в них трудно было контролировать и предупреждать преступную деятельность. Такие групповые объединения индусов не соответствовали понятиям европейцев о цивилизованном образе жителей, которые должны были вести оседлую жизнь, практиковать земледелие и использовать наемный труд. Британские чиновники подспудно видели в их образе деятельности разные формы групповой преступности, выделяли главарей и соучастников, различали их по степени виновности и вредоносным последствиям совершенного деяния. Это, в свою очередь, способствовало формированию особых субинститутов (форм) соучастия в колониальном уголовном праве: подстрекательства и преступного сговора, деления на «воров в законе» и простых «сошек преступного

мира» (Schwarz, 2010:25–31). Они понимали, что действие кастово-религиозного фактора лишь усиливалось в атмосфере преступного мира, где главарь сообщества из более высокой касты авторитетно раздает преступные приказы простым членам группы. Внутренняя дисциплина в таких преступных сообществах, или кастах («*вимукту джати*»), была особенно сильна, потому что на глазах рядовых членов адепты религиозных сект и племенных культов практиковали изуверские ритуалы и массовые жертвоприношения, чтобы задобрить свои божества.

Начиная с середины XIX в. губернаторы индийских президентств стали обдумывать проекты по созданию особых исправительных учреждений для кочевых каст и маргинальных индусских общин. Известны особые законодательные акты — “*Criminals Tribes Acts*”, в частности законы «О преступных кастах» 1871 и 1876 гг., которые действовали в Бенгальском президентстве, закон 1911 г., распространенный на Мадрасское президентство, и, наконец, консолидированный акт 1924 г. о преступных кастах в Индии. Для членов таких каст организовывались специальные поселения с целью «исправлять» криминальные наклонности с помощью тяжелых работ. После получения Индией независимости серия законов 1949, 1952 и 1961 гг. аннулировала дискриминационные положения предыдущих актов о преступных кастах, и вместо этого термина был введен новый — «нетитульная каста» (англ. *denotified*)³.

Наибольшую известность в колониальной Индии по масштабам своей криминогенной активности получила религиозная секта *тугов* (от хинди ठग, *thag* — «вор»; англ. *thuggee*), впоследствии также причисленная к категории «преступная каста». Британские власти подняли на новый уровень проблему преследования и привлечения к ответственности группировок тугов, так как их групповая (организованная) преступность считалась наиболее опасной формой соучастия. Это были средневековые разбойники-душители, которые считали себя служителями индийской богини Кали с ее культом смерти и разрушения (Rushby, 2003). Они были выходцами из низкого сословия погонщиков буйволов, сопровождавших в походах армию Великих Моголов, и примерно на треть состояли из мусульман, стоявших вне кастовой системы Индии. Промышляя на больших дорогах и караванных путях в Северной и Центральной Индии, они нападали на торговые обозы, убивали путешественников и миссионеров. Совершая бескровные убийства согласно ритуалу, они хотели обеспечить себе перевоплощение после реинкарнации в следующей жизни: душили жертву сзади, накинув на шею веревку или тугой шарф, а затем изуродованный до неузнаваемости и обобранный до нитки труп жертвы закапывали ритуальной киркой или сбрасывали в колодец.

³ British Coined Criminal Tribes to Describe Ruthless Robbers // The Times of India. May 30, 2011.

Туги пользовались особыми опознавательными знаками, специальным жаргоном, а их тайное ремесло передавалось от поколения к поколению. Более того, у них был определенный «ценз» на количество убийств во имя богини Кали (не более 900), что, по их убеждению, открывало путь к счастливому переорождению в следующей жизни. Они всегда действовали большой группой под видом купеческого каравана или артели странствующих ремесленников, подальше от своей легальной общины, чтобы не узнали соседи или родственники (Woerkens, 2003:99).

После многолетних разбойных нападений, заметно разбогатев на грабежах удушаемых, многие туги становились уважаемыми членами сообщества или касты (старостами деревень, полицейскими, воинами). И до тех пор, пока английские чиновники-следователи не разоблачили их организацию, туги вели вполне пристойную внешне жизнь, имея легальный заработок, должность, семью.

В своей групповой преступности они отличались от обычных грабителей и разбойников тем, что всегда сначала убивали своих жертв, не щадя никого (мужчин, женщин, детей, случайных свидетелей), и только потом завладевали их имуществом.

В этот же период развивалась сеть сообществ весьма дерзких и могущественных «*дакоитов*» (хинди «бандитов-разбойников»). Они считались «бичом» Индии, так как облагали «данью» и держали в страхе большие подконтрольные территории. В отличие от тугов, они открыто грабили и вероломно похищали людей, но лишь при необходимости пытали своих жертв, стараясь избегать убийств как таковых. Наряду с ритуальной преступностью индийских тугов и бандитской деятельностью дакоитов криминогенную обстановку в Индии накаляли группировки обычных грабителей, называвших себя «*пиндари*», которые рекрутировались из простых крестьян по окончании сельскохозяйственных работ. Объединяясь стихийно и создавая «сезонные» преступные группы, они выходили на большую дорогу с целью разбоя под ложным прикрытием ритуала во имя славной богини Кали и убивали такое количество человек, какое могли ограбить.

В 20–30-е гг. XIX в. проблема борьбы с групповой (организованной) преступностью тугов, дакоитов, пиндари и других бандформирований серьезно обострилась. Систематически стали поступать сообщения из независимых княжеств о нахождении захоронений изуродованных жертв со следами удушения и обобранных до нитки. Среди убитых таким способом были не только местные жители, но и христианские миссионеры, солдаты-сипаи и служащие Ост-Индской компании. В ходе предпринятого расследования колониальные чиновники установили целую сеть разбойных шаек тугов и тех, кто прикрывался мистическим названием этого тайного братства (Thornton, 1837:55–61).

Успешные результаты бескомпромиссной уголовной политики и репрессий колониальных властей в борьбе с групповой ритуальной преступностью не заставили себя долго ждать. Начало разгрома могущественной преступной сети

тугов было связано с назначением лорда Уильяма Генри Кавендиша-Бентинка генерал-губернатором британской Индии. В период его правления (1828–1835 гг.) было санкционировано прямое силовое вмешательство колониальных властей во внутренние дела независимых индийских княжеств под прикрытием интересов борьбы с тугами. Бентинк также предоставил служащим Ост-Индской компании право преследовать и арестовывать разбойников-душителй на всех подконтрольных территориях. Уголовные дела по подозрению в соучастии с тугами были переданы под юрисдикцию судов компании, которые серьезно ужесточили свои приговоры, назначая расстрелы, каторжные работы, пожизненную транспортиацию (уголовную ссылку).

Английский правовед Т.Б. Маколей, ставший советником генерал-губернатора У. Бентинка и возглавивший комиссию по кодификации права в Бенгалии, стал детально изучать формы преступной деятельности тугов. Они за период с 1740 по 1840 гг. убили около миллиона человек. Масштабы и количество жертв религиозных сект и грабительских сообществ сподвигло Т.Б. Маколея включить в разрабатываемый им Уголовный кодекс дополнительные юридические институты. Так, в Общей части УК появились нормы, регламентирующие вопросы соучастия в преступлении, преступного сговора и группового преступления как отягчающего обстоятельства.

Но еще более действенным способом подавления криминальной активности тайных братств тугов оказались методы зарождавшейся науки криминалистики. Были впервые апробированы новые методики долгих и тщательных расследований, сбора вещественных доказательств и улики, практика перекрестных допросов, оперативный розыск тугов в непроходимых лесах и отдаленных племенных поселениях. Наиболее успешным в этом деле стал майор Уильям Г. Слимман, который в скором времени получил назначение военным советником генерал-губернатора У. Бентинка. Еще будучи окружным комиссионером Ост-Индской компании, он применил «революционную» методику в расследовании фактов *тугизма*, заведя криминалистический учет разветвленной сети бандформирований в разных княжествах и сформировав базу систематических данных, ставшую мощнейшим оружием в преследовании разбойников-душителй. Впоследствии криминалистические методики майора У.Г. Слиммана были взяты на вооружение британским «Скотленд-Ярдом».

К моменту прихода к власти генерал-губернатора У. Бентинка с целью противодействия организованной преступности был создан специальный следственный орган с чрезвычайно широкими полномочиями, начальником которого назначили уже прославившегося к тому времени У.Г. Слиммана. Были проведены массовые аресты тугов, раскрыты многие их тайные группировки. Без тяжелых судебных разбирательств схваченным тугам назначали пожизненное заключение, каторжные работы и смертную казнь.

В то же время репрессивная уголовная политика затронула и обычные мобильные группы индийцев — странствующих торговцев и купцов, экономиче-

ски независимых и потому неудобных для британского правительства (цыгане, «госаины», «саньясины», «факиры», бродячие монахи-«дервиши» и др.). Они также преследовались и заранее маркировались властями как «опасные грабители и рейдеры с большой дороги» (Sinha, 2008:7). Местные чиновники, опираясь на ксенофобские и религиозные взгляды британского общества, выдвигали против этих мобильных группировок индийцев обвинения в ужасных демонических ритуалах, которые на проверку оказывались традиционными практиками жертвоприношения животных для богов. Тем самым легитимировалась практика чрезвычайных мер, не требовавших долгих расследований и судебных процедур, тем более в ситуации отсутствия в Индии единообразных уголовного и процессуального кодексов (Yang, 1985:8–15).

Прибывший на помощь генерал-губернатору Т.Б. Маколей справедливо полагал, что следует ускорить разработку общеиндийского Уголовного кодекса, в котором необходимо регламентировать институт соучастия и его формы (*abetment*), усилить ответственность за совместные формы преступлений и ввести уголовно-правовой состав ритуального бандитизма («тугизм»). Это, по его мнению, дало бы в руки английским властям цивилизованные инструменты уголовного преследования и позволило бы прекратить широкомасштабные репрессии и бездоказательные расправы с неподконтрольными правительству группами индийцев.

Его опасения в отношении неоправданности политики круговой расправы и всеобщего подозрения местных жителей в ритуально-сектантских связях оказались реальными. В современных научных дискуссиях авторы не высказывают твердой уверенности в том, что туги действительно были опасной религиозной сектой фанатиков, практиковавшей демонические ритуалы и человеческие жертвоприношения. Скорее всего это была обыкновенная хорошо организованная преступная сеть грабителей, члены которой убивали исключительно ради обогащения, внешне прикрываясь ритуалом и культом богини Кали (Schwarz, 2010:25–31).

III. ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ИНСТИТУТА СОУЧАСТИЯ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ 1860 г.

Когда Т.Б. Маколей в 30-е гг. XIX в. приступил к теоретической разработке индийского УК, он уже имел хорошее представление о различных формах соучастия и особенностях местной групповой преступности. Скрупулезно изучив уголовно-правовую доктрину метрополии и зарубежные кодификации (французский УК 1810 г. и американский УК Луизианы 1826 г.), он принял решение выделить в своем проекте УК Индии самостоятельную Главу IV «О соучастии»

(пп. 85–108)⁴, совершив тем самым важный поворот в уголовно-правовой доктрине соучастия и групповых форм преступности. Он отошел от традиционной для Англии акцессорной теории и предложил новый подход к соучастию с учетом прогрессивных тенденций в уголовно-правовой науке.

Т.Б. Маколей исходил из древней латинской максимы, что “*actus reus non facit reum nisi mens sit rea*” («действие не делает виновным, если не виновна воля»). Принцип, заимствованный из поучений Блаженного Августина, был впервые закреплен еще в статуте Генриха I (1118 г.). С учетом этого положения, для установления вины как основания ответственности соучастников необходимо было доказать оба элемента состава: субъективные (психические) проявления (лат. *mens rea*) и объективные (физические) основания (лат. *actus reus*). Кроме того, Т. Маколей переосмыслил традиционную классификацию соучастников, предполагавшую их деление на исполнителей, подстрекателей, пособников и др. Творчески переработав эту модель градации субъектов преступления, он закрепил в своем проекте УК важный принцип: исполнители и соучастники несут разный объем ответственности, соразмерный «вкладу» каждого из них в преступление. Это удалось сделать посредством установления различных форм соучастия по содержанию деятельности соучастников. Также Т. Маколей исключил из текста УК Индии норму английского «общего права» о необходимости рассмотрения дела исполнителя в отдельном от его соучастников судебном процессе, как устаревшее правило. В итоге местные власти получили по Уголовно-процессуальному кодексу Индии 1861 г. право разбирать уголовное дело исполнителя вместе с соучастниками в одном судебном процессе, осуждая их на основании одного и того же обвинительного акта (Kolsky, 2005: 658–659).

Интересно заметить, что из законодательства колонии данные нормы перешли в право метрополии. Так, учитывая эти новаторские положения УК Т. Маколея, английские законодатели в ходе консолидации норм о соучастии использовали аналогичные формулировки и конструкции. В итоге акцессорность соучастия в метрополии была отменена по Закону «Об уголовном процессе» 1848 г. (*Criminal Procedure Act, 11 & 12 Vic., c. 46*), согласно которому «если лицо объявляется соучастником до деяния., то оно должно быть обвинено, судимо, осуждено и наказано во всех отношениях аналогично тому, как если бы оно являлось исполнителем» (Yesakov, Krylova & Serebrennikova, 2011:237–238). Следующим английским законом «О соучастниках и подстрекателях» 1861 г. (*Accessories and Abettors Act, 24 & 25 Vic., c. 94*), установившим четырехзвенную классификацию соучастников («*aid — abet — counsel — procure*»), было

⁴ См.: A Penal Code Prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor General of India in Council. London: Pelham Richardson, Cornhill, 1838. Reprinted by Lawbook Exchange, Ltd., 2002.

отменено правило о раздельном судебном преследовании исполнителя и соучастников.

В первом проекте УК Индии и в его редакции 1860 г., подготовленной при участии членов Верховного суда Бенгалии, институт соучастия был окончательно закреплен в главе V «О соучастии» (“*Of Abetment*”). Но в нее так и не включили норму-дефиницию с общим определением этого института по образцу дефиниций в континентальном уголовном праве. В УК Индии казуистические нормы о соучастии были разбросаны по всему тексту, а его различные нюансы разъяснялись в доктринальных и прецедентных источниках.

Скорее всего проблематичность выработки общей дефиниции для института соучастия в уголовном праве Индии обусловлена двойственным толкованием этого феномена. С одной стороны, соучастие рассматривалось как самостоятельный по своей форме институт, предполагающий равную уголовно-правовую ответственность его субъектов, с другой, — как ряд взаимосвязанных норм, направленных на содействие реализации преступного намерения (сговор, недоносительство, укрывательство и др.). То есть в колониальный период соучастие понималось как сложносоставное преступное деяние, в котором разграничивалась ответственность исполнителя (*principal*) и его соучастников (*accomplices*).

С точки зрения юридической техники при конструировании этого института Т. Маколей выбрал известный прием: перечисление категорий (видов) соучастников преступного сообщества, создаваемого для совершения преступления путем подстрекательства, сговора или содействия. Ряд норм, способствующих толкованию понятия «соучастие», можно также найти в главе II УК Индии «Общие объяснения». Так, в ст. 34 этой главы закреплена узко понимаемая форма преступного соучастия — «совиновничество по предварительному сговору», когда два и более лиц намерены совершить во исполнение общего плана (замысла) преступное деяние, и тогда для всех «совиновников» установлено одинаковое наказание, как если бы каждый из них совершил такое деяние индивидуально. Эта особая конструкция совиновничества была основана на принципе «общая цель — общая ответственность», то есть все участники преступления считались виновными не в соучастии, а в совершении основного деяния (*principal offence*). Таким образом, в УК Индии попытались отграничить состав соучастия (как *substantive offence*) от простого соисполнительства в преступлении.

Первый важный прецедент толкования этой нормы появился в решении бенгальского Верховного суда в 1869 г.⁵ Принципиальным было признано наличие единой для всех соисполнителей преступной цели или «общего намере-

⁵ *Ganesh Singh v. Ram Raja* (1869) // 3 Beng LR (PC) 44-45; *Shafi Ahmed* (1925) // 31 Bom LR 515. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:36).

ния» (*common intention*), что предполагало заранее составленный план и совместное совершение запланированного преступления. Верховный Суд Индии также разграничил «общее намерение» и «одинаковый умысел», когда у участников совместного преступления имеется «одно и то же намерение»⁶. То есть было признано, что для этой конструкции недостаточно простого присутствия без участия и содействия исполнению общего замысла⁷. Но при этом допускались случаи осуждения по совокупности статей главы V «О соучастии» и ст. 34 Главы II УК Индии. Например, установлен факт соучастия в уголовно-наказуемом похищении и продаже девочки, когда главный исполнитель был оправдан за недостатком улик, а его сообщник тем не менее был привлечен к ответственности по двум ст. 34 и 109 УК Индии⁸.

Разработчики индийского УК уделили отдельное внимание отграничению конструкции соучастия от доктрины «*vicarious liability*», которая была отдельно закреплена в ст. 149 УК Индии. Под этой доктриной подразумевается ответственности за чужие действия, которая в уголовном праве Англии и ее колоний была заимствована из французского УК 1810 г. (фр. *responsabilite penal du fait d'autrui*) и стала применяться в обход принципа личной ответственности («каждый отвечает только за свои собственные действия»). В УК Индии регламентировалась ответственность участников «незаконного сборища» (когда участвуют не менее пяти человек с одинаковой целью), которые могли быть признаны виновным в преступлении, совершенном в осуществление общей цели (*common object*), даже если не принимали непосредственного участия и не имели «общего намерения». Здесь не требовалось активного участия всех членов «незаконного сборища» на каждом этапе приготовления или фактического совершения состава преступления⁹.

Но больше всего норм о соучастии было сосредоточено в специальной Главе V, состоявшей из 15 статей (ст. 107–120)¹⁰. Статьи регламентировали такие вопросы, как классификация видов соучастников, признаки субъекта соучастия, особенности *mens rea* и *actus reus* (субъективной и объективной стороны) деяния соучастников, совокупность соучастия, присутствие соучастника на месте преступления, соучастие в неоконченном преступлении, соучастие должностных лиц, массовое соучастие (участие более 10 лиц), сокрытие замысла преступления и др.

⁶ *State of U.P. v. Rohan Singh* (1996) // Cr LJ 2884 (SC). (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:36).

⁷ *Yadu Yadav v. State of Bihar* (1992) // Cr LJ 1743. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:36).

⁸ *Pyare Lal v. State of U.P.*, 1987 // Cr LJ 769; AIR 1987 SC 852. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:36).

⁹ *Taga v. State of Rajasthan* (1977) // Cr LJ NOC 240 (Raj); *Mubeswar Ali v. State of Assam* (1983) // Cr LJ NOC 7 (Gau). (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:37)/

¹⁰ См. текст в кн.: Уголовный кодекс Индии / пер. с англ., под ред. Б.С. Никифорова. М. : Иностранная литература, 1958.

Все статьи главы V «О соучастии» имели собственные подзаголовки, порой весьма пространные, содержащие несколько предложений. В этом отражалась не только специфика юридической техники колониального периода, но и в большей мере авторский стиль самого Т.Б. Маколея, известного на родине как плодовитый писатель и историк-государствовед, оставивший после себя богатое литературное наследие. Почти все статьи главы V УК Индии были снабжены отдельными «объяснениями» (например, в ст. 108 приводилось сразу пять детальных объяснений), а также сопровождалась особыми «оговорками» (например, в ст. 111 УК) и «иллюстрациями» с описанием судебных примеров, гипотетических криминальных ситуаций (во всех статьях главы, кроме ст. 110, 114 и 120) (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:133–151).

В целях историко-теоретического анализа главы V «О соучастии» ее нормы условно подразделяются на две части: 1) понятие преступного соучастия (ст. 107–108); и 2) принципы наказания за соучастие (ст. 109–120).

В УК Индии 1860 г. понятие преступного соучастия раскрывается через формальную градацию соучастников. Этот кодекс стал одним из первых законодательных актов, юридически закрепивших деление участников совместного преступления на отдельные виды. Так, в ст. 107 УК описывался поведенческий аспект соучастия (*actus reus of abetting*) путем перечисления трех форм деятельности (по содержанию объективной стороны): 1) подстрекательство (*instigating*) кого-либо к совершению преступного действия; 2) сговор на совершение преступного действия (*conspiracy*); и 3) пособничество (намеренное содействие) совершению преступного действия (*aiding*). В специальном «Объяснении 1» к ст. 107 УК была добавлена четвертая форма поведения соучастника, когда лицо «умышленно искажает или скрывает существенные факты, о которых оно было обязано сообщить». В «Объяснении 2» также уточнялось, что факт соучастия не зависит от того, «до или после совершения преступления делается что-либо для облегчения его совершения».

Согласно уголовно-правовой доктрине и практике колониальной Индии, разграничение соучастников на виды проходило на основе объективной стороны их поведения, характера и тяжести основного преступления, которое объединяло соучастников, а также момента начала участия (время вступления в группу соучастников). Так, в пояснении к ст. 107 УК Индии в круг подстрекателей включены лица, сознательно скрывающие или искажающие «существенные факты» преступления уже после его совершения. То есть соучастником признавался и укрыватель преступления (кроме супруга и ближайших родственников исполнителя).

В отношении подстрекательства как формы соучастия судебная практика Индии складывалась таким образом, что для привлечения к наказанию было не

важно, какие именно слова подстрекатель произносил, не требовалось представлять доказательства его «прямой речи» в документах дела¹¹. Однако если подстрекательство осуществлялось в письменной форме, и будущему исполнителю было направлено соответствующее почтовое послание, то требовалось установить, что исполнитель предварительно ознакомился (прочел) его содержание в письме подстрекателя¹². Для привлечения к ответственности было достаточно, чтобы подстрекатель каким-либо образом укрепил решимость лица совершить преступление, даже если это не было единственной причиной преступного поведения. Несущественным считался и тот факт, что состав основного преступления не завершен (неоконченное преступление), и что не достигло своей цели то лицо, которое участвовало в подстрекательстве к такому незавершенному преступлению¹³. Здесь определяющее значение приобретала уже субъективная сторона, то есть само намерение подстрекателя, а не его поведение, признавалось достаточным основанием.

Наряду с подстрекателем и заговорщиком выделялась третья категория соучастника — пособник. Для привлечения его к ответственности необходимо было доказать совершение им каких-либо предварительных действий, облегчивших в итоге основное преступление. Однако судебная практика признавала такую форму соучастия и после факта совершения основного преступления (например, в случае сбыта заведомо похищенного имущества). При этом заранее не обещанное укрывательство самого преступника или следов его преступления не признается пособничеством в смысле ст. 107 УК Индии. Такое деяние могло составить самостоятельное преступление против правосудия, в частности, на основании ст. 212 УК Индии (Ratanlal, Dhirajlal, 1999:138).

В соответствии со ст. 108 УК Индии соучастие в преступлении признавалось уголовно наказуемым, даже если исполнитель освобождался от ответственности (например, в силу возраста, невменяемости или добросовестного заблуждения), или же у него было отличное от его соучастника преступное намерение и знание (не совпали интеллектуальные элементы состава). Согласно судебной практике не являлось критичным то, что соучастник договаривался о преступлении с лицом, впоследствии его не совершившим («Объяснение 5» к ст. 108). В случае же незаконного бездействия соучастие могло быть признано преступным, если соучастник по своей должностной инструкции не был обязан совершить то действие, от которого воздержался по предварительному сговору. В данной ситуации имеется в виду случаи соучастия частных лиц в должностных преступлениях.

¹¹ *Prem Narain* // AIR 1957 All 177. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:16, 134).

¹² *Sheo Dial Mal* (1894) // 16 All 389; *Ransford* (1874) // 13 Cox 9. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:135).

¹³ *Faguna Kanta Nath v. State Assam*, 1959 // Cr LJ 917 SC; AIR 1959 SC 673. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:134).

Нельзя не отметить противоречивость индийской практики по делам о соучастии, когда судьи в своих решениях возвращаются к теории акцессорности, указывая, что соучастник не может быть наказан, если был оправдан исполнитель основного преступления¹⁴. Например, Верховный суд Индии подчеркивал, что лицо может быть привлечено за соучастие в самоубийстве, если будет доказано, что наступившая смерть стала следствием суицида¹⁵.

После регламентации понятия и видов соучастников (ст. 107–108), в главе V УК Индии помещается блок статей, закрепляющих отдельные виды наказаний за соучастие и принципы их назначения. Отметим их гибко-противоречивый характер, так как они сочетают два самостоятельных подхода. В зависимости от степени тяжести и схемы применения различают: 1) *подход равного воздаяния*, когда соучастие наказуемо в той же мере, что и основное преступление, если законом не предусмотрено иное; и 2) *правило дифференцированной ответственности*, когда наказание каждого из соучастников определяется в зависимости от его роли (категории) и «вклада в общее дело» по реализации преступного плана.

Первый подход был закреплен в общей норме ст. 109 УК, где отражается принцип наказуемости соучастников по теории «эквивалентности». Но это общее предписание уступает специальной норме, содержащейся в Особенной части УК Индии. По общему правилу исполнитель и соучастники не разграничиваются для индивидуализации их наказания. Заведомо все участники преступного сговора или спонтанного возникшего соглашения считаются уголовно наказуемыми в равной мере. Об этом свидетельствует сложившаяся судебная практика¹⁶. Такая позиция судей объясняется высокой степенью опасности действий подстрекателей и пособников по сравнению с непосредственным исполнителем (Dodonov, 2010:197). Например, если обвиняемый не принимал участия в изнасиловании (ст. 367 УК), но продолжал наблюдать за действиями других и своим присутствием по сути способствовал и содействовал совершению преступления (не остановил или не предотвратил), то он подвергается наказанию по совокупности статей 109 и 376 УК Индии¹⁷.

Интересно заметить, что в ст. 109 УК приведены три иллюстрации с такими составами, как дача взятки, лжесвидетельство и отравление ядом. Дело в том, что коррупционная преступность и проблема взяточничества в колониальной Индии всегда стояли остро. Поэтому примеры такой категории должностных преступлений применительно к соучастию специально описываются в Об-

¹⁴ *Jamuna Singh v. State of Bihar* // AIR 1967 SC 553. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:134).

¹⁵ *Wazir Chand v. State of Haryana* // AIR 1989 SC 378; 1989 Cr LJ 809. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:134, 141).

¹⁶ *M.M.Y. Momin* (1971) // Cr LJ 793 (SC); *Ashok Nivruti Desai v. State of Maharashtra* (1995) // 1 Cr LJ 826 (bom); *Vinit v. State of Maharashtra* (1994) // 2 Cr LJ 1791 (Bom). (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:142).

¹⁷ *Nawabkhan v. State*, 1990 // Cr LJ 1179 MP. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:143).

щей части УК. Так, если должностное лицо приняло взятку как вознаграждение за оказанную им при исполнении служебных обязанностей услугу, то тот, кто давал взятку, объявляется соучастником в преступлении по ст. 161 УК Индии, предусматривающем лишение свободы и/или штраф.

Однако в 1952 г. для дальнейшей дифференциации ответственности в делах о взяточничестве было принято решение внести поправку в УК Индии, включив в него новую статью 165А «Наказание за соучастие в преступлениях, предусмотренных в ст. 161–165». В ней был выделен самостоятельный состав преступления под названием «содействие взятке», в целях разграничения с преступлением по ст. 116 УК (когда подкупаемое лицо в итоге отказывается от предложенной взятки)¹⁸. В связи с этим при соблюдении условий ст. 107 УК соучастник в даче взятки подлежал ответственности уже независимо от того, было ли окончено основное преступление или нет (принята или отклонена взятка)¹⁹. Отметим также, что ст. 161–165А УК Индии были впоследствии исключены из текста Кодекса в связи с принятием специального Закона «О предотвращении коррупции» 1988 г.

В следующем блоке норм (ст. 110–114 УК Индии) уточнялись дополнительные случаи ответственности, связанные с несовпадением субъективной и объективной стороны деяния (*mens rea* и *actus reus*) исполнителя и соучастника. Так, в случае различий в субъективной стороне (преступное намерение/знание), соучастник подлежит наказанию только за то преступление, которое охватывалось его умыслом, т.е. он не отвечает за эксцесс исполнителя (ст. 110 УК; «Объяснение 3» к ст. 108 УК Индии). Но в случае расхождения действий исполнителя и соучастника (различия в *actus reus*) последний тем не менее несет ответственность и за дополнительное действие исполнителя, если сознательно допускал мысль («знал») об этом его действии или вредоносном последствии, «исходя из обстоятельств дела, обычного опыта и здравого смысла» (ст. 111 УК). Так, действует принятый в англосаксонском праве «объективный стандарт» небрежности, в силу которого «разумный человек с очевидностью был бы осведомлен о возможности наступления неблагоприятных последствий (предвидел бы возможность их наступления), если бы он оказался в ситуации деятеля, независимо от того, могло ли виновное лицо в реальности, в силу своих субъективных качеств быть осведомлено о такой возможности» (Yesakov, 2007:27). В описанном случае к соучастнику применяется правило о совокупности наказаний (*cumulative punishment*) за основной состав преступления и за дополнительное деяние/преступное последствие преступного поведения исполнителя (ст. 112–113 УК).

¹⁸ *Bhajahari* (1959) // SCR 1276. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:220).

¹⁹ *Faguna Kanta Nath v. State Assam*, 1959 // Cr LJ 917 SC. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:134).

Примечательно, что в следующей статье 114 УК Индии нашла отражение англосаксонская доктрина «предвидения соучастника», основанная на известной презумпции *juris et de jure* (лат. «по закону и по праву»). Согласно этой презумпции фактическое присутствие лица на месте совершения преступления в совокупности с ранее состоявшимся (предшествующим) соучастием означает не что иное, как его прямое «участие в преступлении»²⁰. Это форма участия в преступлении *de facto* предполагает, что соучастник находился во время преступления рядом с исполнителем, которого ранее подстрекал или оказывал ему пособничество, и поэтому он превращается из первоначального простого соучастника в «соисполнителя преступления» (*the principal*). Но в суде он рассматривался как «исполнитель второй степени» с учетом фактора времени, так как он участвовал (содействовал) во время совершения преступления или же был в том же месте, где оно в реальности совершалось. В частности, если он, присутствуя на месте преступления, к которому ранее подстрекал, продолжал подбадривать исполнителя или оказывал ему иное содействие, то он привлекался уже как соучастник по нормам статьи 109 УК Индии (Ratanlal, Dhirajlal, 1999:145–146).

Согласно ст. 115–116 УК в случае соучастия в неоконченном преступлении, наказуемом смертной казнью или «пожизненной транспортицией» (ссылкой на каторгу), соучастник подвергался штрафу и тюремному заключению на срок до семи лет. Но если за неоконченное преступление, которое было общей целью соучастия, грозило срочное лишение свободы, то соучастник в таком деянии подлежал наказанию в размере 1/4 максимального срока лишения свободы или штрафу. Ответственность ужесточалась, если соучастником выступало должностное лицо, например, в коррупционных преступлениях. В соответствии со ст. 117 УК в случае соучастия группы лиц более 10 человек или неопределенного множества лиц, наказание предусматривалось в виде штрафа или лишения свободы до трех лет (Ratanlal, Dhirajlal, 1999:146–148).

Наконец, согласно последней группе норм Главы V (ст. 118–120) УК Индии в качестве соучастия признавалось недоносительство. Так, лицо, добровольно скрывшее наличие преступного плана или замысла либо сообщившее ложные сведения об этом с целью облегчить совершение готовившегося преступления, наказуемого смертной казнью или ссылкой, подлежало наказанию за соучастие в виде денежного штрафа и лишения свободы: до семи лет — в случае оконченного преступления, и до трех лет — в случае неоконченного состава (Ratanlal, Dhirajlal, 1999:149–150).

Состав недоносительства также был предусмотрен в ст. 44 УПК Индии, которая закрепила обязанность граждан незамедлительно сообщать об известных им готовящихся или совершенных преступлениях, предусмотренных статьями

²⁰ *Barendra Kumar Chosh* (1924) // 52 IA 40, 53. Цит. по: Уголовный кодекс Индии / пер. с англ., под ред. Б.С. Никифорова. М. : Иностранная литература, 1958. С. 63.

121 (ведение войны против правительства Индии), 130 (укрывательство или содействие побегу государственного преступника или военнопленного), 143 (незаконное сборище), 147 (учинение беспорядков), 302 (тяжкое убийство), 382 (кража, которой предшествовало посягательство на чью-либо жизнь, здоровье или свободу), 392 (разбой), 435 (порча имущества путем поджога или взрыва) и др. УК Индии.

Кроме положений о соучастии в Общей части УК Индии, этот институт находит отражение в диспозициях статей Особенной части Кодекса. Здесь выделяются такие самостоятельные составы, как: «Соучастие в ведении войны против правительства Индии» (ст. 120), «Сговор о совершении преступлений, наказуемых в соответствии со статьей 121» (ст. 120А), соучастие в мятеже, неподчинении или дезертирстве солдата/моряка в ходе их воинской службы (ст. 131–135); соучастие в коррупционных преступлениях (ст. 164 и 165А); соучастие в подделке монеты (ст. 236); соучастие в самоубийстве (ст. 305–306); соучастие в преступном нарушении границ чужого владения (ст. 460). Таким образом, законодатель закрепил в специальных статьях основания уголовной ответственности за соучастие. Поэтому действия соучастников, подпадающие под такие нормы, квалифицировались без применения статей главы V Общей части УК Индии.

Казуистичность в законодательной регламентации и противоречия в судебном толковании института соучастия привели к тому, что соответствующие положения УК Индии подверглись корректировкам и дополнениям в XX в. Так, в 1913 г. был принят специальный закон о поправках, установивший следующие новые положения. Во-первых, глава V «О соучастии» была дополнена специальной нормой о принципе территориальности уголовного закона. В результате была введена новая ст. 108-А под названием «Соучастие в Индии в преступлениях, совершаемых за пределами Индии». Во-вторых, была введена самостоятельная Глава VA «Преступный сговор» (“*Criminal conspiracy*”), которая состояла из двух новых статей (ст. 120А–120В), инкорпорировавших нормы «общего права» об этом устаревавшем институте преступного сговора.

Напомним, что изначальная законодательная дефиниция «*conspiracy*» содержалась только в п. 3 ст. 107 УК Индии. Тогда под «соучастием в форме сговора» понималось лишь соглашение двух или более лиц совершить противоправный акт (действие) или же незаконными средствами совершить правомерное действие. Если стороны сорганизовались вместе и имели общую цель, то действие одного из них, совершенное во исполнение их совместной цели и преступного плана, считалось общим деянием всех «заговорщиков»²¹. За исключением случаев, предусмотренных в ст. 121А, 311, 400–402 УК Индии, «преступ-

²¹ *Ameer Khan* (1871) // 17 WR (Cr) 15. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:135).

ный сговор» рассматривался как более специфичная форма соучастия, при которой незаконное действие или бездействие совершалось во исполнение предварительного соглашения, и инкриминировалось в отношении каждого преступления, по поводу которого соучастники состояли в сговоре²².

Но позднее, когда в Уголовный кодекс Индии была включена отдельная глава VA (ст. 120A–120B), обособились два различных состава преступления с одинаковым названием «*conspiracy*», закрепленные соответственно в п. 2 ст. 107 и в ст. 120A²³. Их стали разграничивать по следующему основанию. Для самостоятельного преступления сговора по главе VA было достаточно факта простого соглашения (предварительной договоренности) о преступлении. Это предполагало не только общее субъективное намерение двух и более лиц, но также внешнее проявление их договоренности, даже если изначально эта договоренность не имела противоправного содержания²⁴. В этом вопросе индийские суды опирались на дефиницию «сговора», сформулированную английским судебным лордом Денманом по делу *Джонса* 1832 г.: «Сговор — это соглашение о том, чтобы совершить противоправное действие, либо о том, чтобы совершить правомерное действие, но противоправными средствами» (Smith, Hogan, 1996:277). Как отмечает Н.А. Шульженко, сговор в зависимости от преследуемой им цели может быть направлен на совершение преступления, воспрепятствование отправлению правосудия, причинение частного вреда или даже на совершение просто аморального действия (Shulzhenko, 1982:17).

Однако если при этом не смогли доказать факта предварительного соглашения о совершении именно преступного деяния, то для привлечения к ответственности по ст. 120A УК Индии необходимо было установить дополнительное условие. Хотя бы один из участников такого соглашения должен был совершить какое-либо незаконное действие во исполнение общего соглашения (это правило «внешнего акта»). Так, согласно «Объяснению 1» к ст. 120A УК Индии не было существенным, что конечной целью такого соглашения не являлось изначально какое-либо незаконное действие. В соответствии с толкованием ст. 43 главы II УК Индии «незаконное действие» образует не только преступление, но и другие виды правонарушений, в том числе гражданские деликты. К этой категории относятся также «безнравственные» действия либо внешне законный акт, но с применением незаконных средств (Nikiforov & Reshetnikov, 1990:67). Достаточным элементом «внешнего акта» для преступного сговора считалась сама попытка приступить к осуществлению предварительного соглашения.

²² *The Tirumal Reddi* (1901) // 24 Mad 523, 546. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:135).

²³ См. текст: (Ratanlal & Dhirajlal 1999:153-160).

²⁴ *The Pramatha Nath v. Saroj Ranjan* // AIR 1962 SC 876. (Ratanlal & Dhirajlal, 1999:135, 157).

Таким образом, в отличие от совиновничества по предварительному сговору (ст. 34) и сговора как формы соучастия (ст. 107), «преступный сговор» как самостоятельный состав не требовал установления подстрекательской или пособнической деятельности, или же «общего намерения» в отношении основного преступления. Для наказуемости по ст. 120А или 120В УК Индии было достаточно самого факта соглашения, то есть это был сговор в буквальном смысле, даже если при этом участники не договаривались специально о средствах достижения цели такого соглашения. Не имело существенной значимости также и то, насколько действия обвиняемого были близки к достижению общей цели соглашения, в отличие от того, как это требуется в случае уголовно наказуемого покушения на преступление (Kozochkin, 2007:187). Наконец, не имел важного значения факт того, каковыми были в действительности средства совершения сговора — пригодными или нет — для исполнения общей цели договоренности. В судебной практике классическим примером такого сговора считалось соглашение об убийстве с помощью чародейских средств (путем колдовства), когда участники сговора были уверены в действенности таких средств и не отдавали себе отчет в их непригодности.

В колониальный и ранний постколониальный период Индии судебная практика придерживалась линии по расширению трактовки и усилению уголовной репрессии за преступный сговор и подстрекательство. Сложность доказывания заведомой виновности участника сговора при всех его объяснениях и исключениях в тексте Кодекса потребовала от правоприменителя более гибкого определения границ действия этих норм. Эти определения и квалифицирующие признаки различных форм соучастия корректировались в доктринальных комментариях и практике индийских судов, которые к тому же активно заимствовали решения судов других стран Британского Содружества наций.

В XX в. индийские суды неоднократно подтверждали уголовную наказуемость соучастия даже в неумышленных преступлениях и в ситуациях т.н. строгой (абсолютной) ответственности, а также за простую попытку или согласие оказать содействие исполнителю преступления. В постколониальный период с учетом высокой угрозы международного терроризма и экстремистских объединений в Индии, в частности, в исламском штате Джамму и Кашмир, актуализировалась проблема ответственности за организацию и участие в преступных объединениях (сообществах). Эти случаи в силу их чрезвычайно высокой опасности были в итоге выведены за рамки индийского УК, поэтому ответственность соучастников регламентируется специальными нормами антитеррористического законодательства Индии.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На протяжении всего XIX в. на уголовную политику в сфере противодействия группой и организованной преступности в британской Индии и постепен-

ную разработку юридической конструкции соучастия в Уголовном кодексе 1860 г. влияли многочисленные факторы.

Особый характер этого института предопределил кастовый строй и религиозно-этнические противоречия в колониальном обществе Индии. Пестрота правового регулирования на местах и смешанная природа формировавшейся правовой системы обусловили казуистический характер законодательной регламентации соучастия в УК Индии. Оригинальность и новаторство Т.Б. Маколей как основного разработчика проекта колониального УК позволили отступить от устоявшихся догм «общего права» о соучастии и учесть новые тенденции в регламентации этого института. Более того, некоторые нововведения в колониальном законодательстве и судебной практике были учтены в ходе уголовно-правовой реформы в самой Великобритании во второй половине XIX в.

Историческое развитие института соучастия в уголовном праве Индии свидетельствует о постепенном законодательном расширении понятия совместной преступной деятельности и отдельных ее форм по сравнению с англосаксонской доктриной и законодательством. Свою важную роль в систематизации норм об ответственности за преступное соучастие и практическом воплощении его концепции сыграла колониальная администрация в лице таких выдающихся чиновников-реформаторов, как генерал-губернатор У.Г. Бентинк, автор-разработчик УК Индии Т.Б. Маколей, активный преследователь преступных группировок майор Г. Слиман и др.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Banerjee, T. K. (1962) *The Substantive Criminal Law Prior to the Indian Penal Code*. In: *Essays on the Indian Penal Code Published on the Centenary of the Indian Penal Code*. Bombay, N. M. Tripathi, pp. 3–32.
- Chernykh, A. V. (1986) *Otvetstvennost' za souchastiye v prestuplenii po angliyskomu ugovnomu pravu* [Responsibility for Complicity in the Crime in English Criminal Law]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Law Sciences. All-Union Scientific Research Institute of Soviet Legislation. (in Russian)
Черных А.В. Ответственность за соучастие в преступлении по английскому уголовному праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М. : ВНИИСЗ, 1986.
- Dodonov, V. N. (2010) *Sravnitel'noye pravovedeniye. Obshchaya chast'* [Comparative Law. A General Part]. Moscow, Yurlitinform. (in Russian)
Додонов В.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М. : Юрлитинформ, 2010.
- Esakov, G. A., Krylova, N. E. & Serebrennikova, A. V. (2011) *Ugolovnoye pravo zarubezhnykh stran* [The Criminal Law of Foreign Countries]. Moscow, Prospekt. (in Russian)
Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М. : Проспект, 2011.
- Esakov, G.A. (2007) *Ucheniye o prestuplenii v stranakh sem'i obshchego prava* [The Doctrine of Crime in the Common Law Family]. Author's Abstract of Dissertation of Doctor of Legal Sciences. Kutafin Moscow State Law University. (in Russian)
Есаков Г.А. Учение о преступлении в странах семьи общего права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М. : МГЮА, 2007.

- Glücklich, A. (1982) Karma and Social Justice in the Criminal Code of Manu. *Contributions to Indian Sociology*. 16 (1), 59–78.
- Kaspshak, E. (2016) *Osnovy ugovornogo musul'manskogo prava* [Foundations of Criminal Islamic Law]. Saint Petersburg, Alef-Press. (in Russian)
Каспшак Е. Основы уголовного мусульманского права. СПб. : Алеф-Пресс, 2016.
- Kozochkin, I. D. (2007) *Ugovornoye pravo SSHA: uspekhi i problemy reformirovaniya* [Criminal Law of USA: Successes and Problems of Reforming]. Saint Petersburg, Yuridicheskiy Tsentri Press. (in Russian)
Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб. : Юридический центр Пресс, 2007.
- Krashennnikova, N. A. & Trikoz, E. N. (2017) Ugovornyy kodeks Indii 1860 goda: istoriya sozdaniya i kharakternyye cherty [The Criminal Code of India in 1860: the History of Creation and Characteristic Features]. *Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie*. (4), 183–206. (in Russian)
Крашенинникова Н.А., Трикоз Е.Н. Уголовный кодекс Индии 1860 года: история создания и характерные черты // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 4. С. 183–206.
- Kolsky, E. (2005) Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India. *Law and History Review*. 23 (3), 631–683. Available from: doi:10.1017/S073824800000596.
- Nikiforov, B. S. & Reshetnikov, F. M. (1990) *Sovremennoye amerikanskoye ugovornoye pravo* [The Modern American Criminal Law]. Moscow, Nauka. (in Russian)
Никифоров Б.С., Решетников Ф.М. Современное американское уголовное право. М. : Наука, 1990.
- Pollock, F. & Maitland, F. W. (1898) *The History of English Law before the time of Edward I*. Vol. II. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ratanlal, R. & Dhirajlal, K. T. (1999) *The Indian Penal Code (Act XLV of 1860), with exhaustive notes, comments, case-law references*. New Delhi, Wadhwa International.
- Rushby, K. (2003) *Children of Kali: Through India in Search of Bandits, the Thug Cult and the British Raj*. London, Walker & Company.
- Schwarz, H. (2010) *Constructing the Criminal Tribe in Colonial India: Acting Like a Thief*. Chichester, Chichester, United Kingdom, Wiley-Blackwell. Available from: doi:10.1002/9781444317336.
- Shahdeen, M. (1994) *The Transformation of Colonial Perceptions into Legal Norms: Legislating for Crime and Punishment in Bengal, 1790's to 1820's*. London, SOAS.
- Shulzhenko, N. A. (1982) *Otvetstvennost' za predvaritel'nyuyu prestupnyuyu deyatel'nost' po anglo-amerikanskomu ugovornomu pravu* [Responsibility for Preliminary Criminal Activity in Anglo-American Criminal Law]. The Dissertation of Candidate of Legal Sciences. All-USSR Correspondence Institute of Law. (in Russian)
Шульженко Н.А. Ответственность за предварительную преступную деятельность по англо-американскому уголовному праву: дисс. ... канд. юрид. наук. М. : Всесоюзный юридический заочный институт, 1982.
- Sinha, N. (2008) Mobility, Control and Criminality in Early Colonial India, 1760s–1850s. *Indian Economic Social History Review*. 45 (1), 1–33. Available from: doi:10.1177/001946460704500101.
- Smith, J. C. & Hogan, B. (1996) *Criminal Law*. London, Butterworths.
- Thornton, E. (1837) *Illustrations of the History and Practices of the Thugs, and Notices of Some of the Proceedings of the Government of India, for the Suppression of the Crime of Thuggee*. London, W.H. Allen and Co.

Woerkens, M. van (2002) *The Strangled Traveler: Colonial Imaginings and the Thugs of India*. Chicago, The University of Chicago Press.
Yang, A. A. (ed.) (1985). *Crime and Criminality in British India*. Tucson, Arizona, University of Arizona Press.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Крашенинникова Нина Александровна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедр истории государства и права, Юридический факультет, Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова.

ORCID ID: 0000-0003-4029-4149

Контактная информация:

e-mail: history@law.msu.ru

Триkoz Елена Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов.

ORCID ID: 0000-0001-7331-480X

Контактная информация:

e-mail: trikoz_en@pfur.ru

Для цитирования:

Крашенинникова Н.А., Триkoz Е.Н. Формирование института соучастия в уголовном праве Индии XIX в. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 66–90, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-66-90

GENESIS OF THE INSTITUTE OF COMPLICITY IN THE INDIAN CRIMINAL LAW IN XIX CENTURY

Nina A. Krasheninnikova

Lomonosov Moscow State University
Faculty of Law

1/13–14, Leninskie Gory st., GSP-1, Moscow, Russia, 119991

Elena N. Trikoz

RUDN University
Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The Article deals with the history of doctrinal and legal formation of the institute of complicity in the Indian criminal law during colonial period. The mixed nature of the law system assumes some approaches to the criminal conspiracy as from the orthodox tradition (Sanskrit texts, and the treatises of Hinduism), and on the subsystem of the Islamic law.

The Article provides the historical analysis of preparatory materials to the Indian Penal Code of 1860 (IPC), the opinions of the leading scientists-criminologists and main judgments. The authors express own opinion on a perspective of group criminality and its influence on the history of the Indian criminal law. Some crime statistics and collecting crime data during the colonial period in India are descript of a criminogenic situation as empirical materials.

The prevalence of joint criminal activity and organized groups of local inhabitants was a result of traditional exclusive hierarchy and collective ideology in British India. Religious criminal sect of thugs (a gang of professional murderers and robbers) made the most dangerous category of “criminal tribes” in the colonial period. The organized criminal activity of the thugs was the reason of theoretical search of new criminal policy methods and ways of judicial prosecution in colonial India.

As a result, authors have allocated some main figures of British officials who developed the concept of complicity and practically approve “joint participation” in the Indian Penal Code of 1860 during the expanded professional criminality connected with hunger, rebellions, ritual robberies and sacrifices. The Article identifications of some features of the crime partnership in the Indian Penal Code of 1860 (innovative provisions of Macaulay's project), in comparison with the complicity in the common law tradition. The consolidated provisions of abetment in the Indian Penal Code regulated various forms of complicity, grounds for prosecution (liability of abettor), distinction mens rea and actus reus of accomplices, abetting commission of offence by the public or by more than ten persons, abetment if offence be not committed, concealing design to commit offence, etc.

In the conclusion authors believe that at the present stage in the Indian Penal Code washing out of initially narrow interpretation of complicity in the crime (abetment of offence) and of judicial interpretation of it's various forms and questions of punishment of accomplices is observed.

Key words: Indian Penal Code of 1860; common law tradition; criminal liability; complicity in the crime (abetment of offence); abetment; joint participation; criminal association (criminal organization); essential element of complicity; colonial law; Hindi law

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Nina A. Krasheninnikova, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor, History of State and Law Department, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University.

ORCID ID: 0000-0003-4029-4149

Contact information:

e-mail: history@law.msu.ru

Elena N. Trikoz, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor, History of Law and State Department, Law Institute, RUDN University.

ORCID ID: 0000-0001-7331-480X

Contact information:

e-mail: trikoz_en@pfur.ru

For citation:

Krasheninnikova, N. A. & Trikoz, E. N. (2018) Formirovanie instituta souchastiya v ugolovnom prave Indii XIX v. [Genesis of the Institute of Complicity in the Indian Criminal Law in XIX Century]. *Vestnik Rossijskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (4), 66–90. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-66-90.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-91-109

ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ПРАВА

И.В. Понкин

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ
Институт государственной службы и управления
119606, Москва, Россия, просп. Вернадского, 84

А.И. Редькина

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина
125993, Москва, Россия, ул. Садовая-Кудринская, 9

Технологии искусственного интеллекта на настоящий момент интенсивно развиваются, в том числе из-за развития технологий устойчивых нейронных сетей и инфраструктур облачных вычислений, технологий нечетких систем, энтропийного управления, роевого интеллекта, эволюционных вычислений и мн. др. При этом общемировой сегодня является проблема практически полного отсутствия нормативного правового регулирования и нормативного технического регулирования основ, условий и особенностей разработки, запуска в работу, функционирования и деятельности, интеграции в другие системы и контроля применения технологий искусственного интеллекта. Настоящая статья посвящена исследованию специфики правового регулирования использования и разработки искусственного интеллекта. Рассмотрены некоторые подходы к определению искусственного интеллекта и особенностям законодательного обеспечения соответствующей сферы, имеющие место в научной литературе, разработано и приведено авторское понятие искусственного интеллекта через раскрытие его основных признаков. В частности, согласно предложенному определению, искусственный интеллект является искусственной сложной кибернетической компьютерно-программно-аппаратной системой, обладающей свойствами субстантивности, автономности, а также возможностями воспринимать и анализировать данные, самообучаться. Рассмотрен вопрос о позиционировании системы искусственного интеллекта в качестве особой формы личности (например, так называемого «электронного лица»), то есть наделения ее определенной правосубъектностью, в зависимости от различных факторов и сферы функционирования такой системы. В статье также отмечены основные возможные подходы к правовому обеспечению использования и развития систем искусственного интеллекта, в частности, к ним отнесены упреждающее универсально-тотальное правовое регулирование и правовое регулирование, направленное на регламентацию конкретных создаваемых систем искусственного интеллекта. Исследованы основные риски и неопределенности, связанные с искусственным интеллектом и имеющие существенное значение для принятия законодательства в этой области. Сформулированы выводы относительно того, каким образом необходимо формировать законодательное обеспечение использования и развития искусственного интеллекта: последовательно, с учетом специфики конкретных сфер его применения, а также с обеспечением баланса интересов отдельных индивидов, общества и государства, касающихся надлежащего обеспечения безопасности и защиты отдельных прав и интересов, связанных с развитием инноваций на благо всего общества.

Ключевые слова: компьютерное право; информационные технологии; искусственный интеллект; цифровая экономика; информационное право; информатика; пост-индустриальное общество; кибернетика

*«От монстра Франкенштейна Мэри Шелли
к классическому мифу о Пигмалионе,
от легенды о пражском големе к роботу Карела Чапека,
который придумал это слово, люди фантазировали
о возможности создания интеллектуальных машин,
чаще всего — андроидов с человеческими характеристиками»*
(Введение к резолюции Европейского Парламента
вместе с рекомендациями Комиссии от 16 февраля 2017 г.
«Нормы гражданского права о робототехнике»)

I. ВВЕДЕНИЕ

Технологии искусственного интеллекта сегодня интенсивно развиваются, в том числе из-за развития технологий устойчивых нейронных сетей и инфраструктур облачных вычислений, технологий нечетких систем, энтропийного управления, роевого интеллекта, эволюционных вычислений и мн. др.

В разделе I Программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденной Распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.07.2017 № 1632-р¹, технологии искусственного интеллекта (наряду с нейротехнологиями) обозначены как одна из позиций в перечне «сквозных цифровых технологий, которые входят в рамки настоящей Программы». Пунктом 1.8.1 раздела «Дорожная карта» указанной Программы «Цифровая экономика Российской Федерации» запланировано внедрение «регулирования правовых вопросов, связанных с использованием робототехники, инструментов искусственного интеллекта», срок исполнения — II квартал 2019 г. Вопросы применения искусственного интеллекта касаются также пункты 3.3.6, 5.4.5, 5.4.7, 5.4.11, 5.4.12. Стратегией развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 гг.² к числу основных направлений развития российских информационных и коммуникационных технологий отнесены технологии искусственного интеллекта (подпункт «в» пункта 36). Стратегия развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 гг. и на перспективу до 2025 г.³ прогнозирует, что интеллектуальные системы станут

¹ Распоряжение Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р «Об утверждении программы “Цифровая экономика Российской Федерации”». Режим доступа: <http://government.ru/docs/28653/>. Дата обращения: 14.12.2017.

² Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» // Собрание законодательства РФ. 2017. № 20. Ст. 2901.

³ Распоряжение Правительства РФ от 01.11.2013 № 2036-р «Об утверждении Стратегии развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 г.»

неотъемлемой частью повседневной жизни уже к 2020 году, и предусматривает программные технологии поддержки принятия решений в реальном времени с элементами искусственного интеллекта, предусматривает задействование систем искусственного интеллекта при «анализе больших массивов данных и извлечении знаний, включая новые методы и алгоритмы для сбора, хранения и интеллектуального анализа больших объемов данных (включая вычислительную лингвистику)», а также задействование систем искусственного интеллекта при распознавании образов и интеллектуальном поиске (разделы 2 и 7). Стратегия научно-технологического развития Российской Федерации⁴ заявляет в числе приоритетов научно-технологического развития Российской Федерации в ближайшие 10–15 лет «переход к передовым цифровым, интеллектуальным производственным технологиям, роботизированным системам, новым материалам и способам конструирования, создание систем обработки больших объемов данных, машинного обучения и искусственного интеллекта» (подпункт «а» пункта 20), а также «связанность территории Российской Федерации за счет создания интеллектуальных транспортных и телекоммуникационных систем» (подпункт «е» пункта 20).

Как отмечается исследователями:

«распространение технологий искусственного интеллекта в обществе неотъемлемо связано с тем, что чем больше люди используют искусственный интеллект, тем более вероятны разнообразные нарушения законов... Растущий уровень использования технологий искусственного интеллекта приводит к некоторым существенным проблемам в области законодательства... Соответственно, развитие искусственного интеллекта и его постоянно расширяющихся сфер применения требует изменений в правовом регулировании» (Čerka, Grigienė & Širbikytė, 2015:377).

Общемировой сегодня является проблема практически полного отсутствия нормативного правового регулирования и нормативного технического регулирования основ, условий и особенностей разработки, запуска в работу, функционирования и деятельности, интеграции в другие системы и контроля применения технологий искусственного интеллекта. Лишь отдельные государства понемногу начинают заполнять нормативным материалом отдельные каверны этого, в целом пробельного, поля, но рассматриваемая проблема не связана рамками национального государства. Поэтому и стандартизация в этой сфере должна быть осуществлена, прежде всего, на глобальном уровне.

2025 года» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 46. Ст. 5954.

⁴ Указ Президента Российской Федерации от 01.12.2016 № 642 «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2016. № 49. Ст. 6887.

Следует отметить, что вопросы правового обеспечения использования и развития искусственного интеллекта не раз становились предметом интереса исследователей, как российских, так и зарубежных. В частности, общие вопросы создания и использования искусственного интеллекта исследовались А. Оскампом и А. Лоддером (Oskamp & Lodder, 2006), вопросы совершенствования подходов к определению уголовной и иной ответственности в связи с развитием инноваций изучались М. Гэссоном и Б.-Я. Купсом (Gasson & Koops, 2013), Д. Джонсон (Johnson, 2014), Г. Халлеви (Hallevy, 2015). К проблеме исследования искусственного интеллекта с точки зрения права интеллектуальной собственности обращался Роберт Ю (Yu, 2017). Х. Сарипан в своей работе рассматривала перспективы наделения искусственного интеллекта определенной степенью правосубъектности (Saripan, 2016). Некоторые иные вопросы использования систем искусственного интеллекта с точки зрения права исследовались Р. Дж. Алленом (Allen, 2004), Э. Ниссаном и А. Мартино (Nissan & Martino, 2004). Использование искусственного интеллекта в юриспруденции, в том числе для выполнения определенных задач юриста, стало предметом изучения В. Барфилда (Barfield, 2005), Дж. Сартора (Sartor, 2009), К. Санстейна (Sunstein, 2001) и К. Эшли (Ashley, 2017).

II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ И СУЩЕСТВЕННЫЕ ПРИЗНАКИ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

В общем значении, интеллектуальное управление — автоматическое управление, при котором программные алгоритмы заранее не задаются, а формируются самой системой управления на основе формализованных описаний целей, знаний о возможных действиях и информации о текущих изменениях состояния внешней среды (Роров, 2000:24).

Учеными обоснованно указывается:

«искусственный интеллект — это новое явление, которое по ряду позиций недостаточно изучено. Искусственный интеллект отличается от обычных компьютерных алгоритмов тем, что он способен обучать себя на основе накопленного опыта. Эта уникальная функция позволяет искусственному интеллекту действовать по-разному в аналогичных ситуациях, в зависимости от ранее выполненных действий. Поэтому в большинстве случаев эффективность и потенциал искусственного интеллекта довольно неясны» (Čerka, Grigienė & Širbikyte, 2015:377).

Устоявшегося общепризнанного определения понятия «искусственный интеллект» сегодня не существует.

Согласно нашему авторскому определению, **искусственный интеллект** — это искусственная сложная кибернетическая компьютерно-программно-аппаратная система (электронная, в том числе — виртуальная, электронно-механическая, био-электронно-механическая или гибридная) с когнитивно-

функциональной архитектурой и собственными или релевантно доступными (приданными) вычислительными мощностями необходимых емкостей и быстродействия, обладающая:

– свойствами субстантивности (включая определенную субъектность, в том числе как интеллектуального агента) и в целом автономности, а также элаборативной (имеющей тенденцию совершенствования) операциональности,

– высокоуровневыми возможностями воспринимать (распознавать, анализировать и оценивать) и моделировать окружающие образы и символы, отношения, процессы и обстановку (ситуацию), самореферентно принимать и реализовывать свои решения, анализировать и понимать свои собственные поведение и опыт, самостоятельно моделировать и корригировать для себя алгоритмы действий, воспроизводить (эмулировать) когнитивные функции, в том числе связанные с обучением, взаимодействием с окружающим миром и самостоятельным решением проблем,

– способностями самореферентно адаптировать свое собственное поведение, автономно глубинно самообучаться (для решения задач определенного класса или более широко), осуществлять омологацию себя и своих подсистем, в том числе вырабатывать омологированные «языки» (протоколы и способы) коммуницирования внутри себя и с другими искусственными интеллектами, субстантивно выполнять определенные антропоморфно-эмулирующие (конвенционально относимые к прерогативе человека (разумного существа)) когнитивные (в том числе — познавательные-аналитические и творческие, а также связанные с самоосознанием) функции, учитывать, накапливать и воспроизводить (эмулировать) опыт (в том числе — человеческий).

Искусственный интеллект может быть децентрализованным или централизованным, может обладать собственной инфраструктурой актуаторов (исполнительных устройств).

Отметим также, что меры интегрированности, многофункциональности, автономности искусственных интеллектов, равно как и их предназначения, могут различаться.

III. ГЕТЕРОГЕННОСТЬ ПРАВОВЫХ СТАТУСОВ ОБЪЕКТОВ С ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

Согласно мнению исследователей:

«если искусственный интеллект будущего оправдает ожидания, т.е. окажется мыслящим человекоподобным роботом, обладающим чувствами и эмоциями, то законы потребуются изменить для того, чтобы охватить роли роботов в обществе. Это означает, что понадобится пересмотреть существующую правовую систему и адаптировать ее согласно изменяющимся потребностям общества» (Čerka, Grigienė & Širbikytė, 2015:377).

Нормативное правовое закрепление автономного статуса искусственного интеллекта может повлечь и обязательно повлечет актуализацию вопроса о его позиционировании в качестве особой формы личности («электронное лицо» (Yastrebov, 2017a; Yastrebov, 2017b) или иной концепт) и, соответственно, о его правах (в том числе фундаментальных неотъемлемых).

Очевидно, что правовой статус автономной системы с элементами искусственного интеллекта («умная» бытовая техника) и автономного объекта с полноценным искусственным интеллектом (далее, согласно нашему концепту, — **кибер-субъект**) не может быть одинаковым. Как не может быть одинаковым правовой статус кибер-субъекта у домашнего компаньона и у системы управления войсками или вооружениями, у банковской сервисной интеллектуальной системы и интеллектуального боевого робота.

Нет смысла отрицать и не отрицается, что объекты с искусственным интеллектом должны иметь определенный правовой статус (правовое положение) в зависимости от функционала, особенностей воплощения, меры автономности и экспектативной субъектности искусственного интеллекта.

Л. Соулум еще в 1992 г. сформулировал следующие аргументы, доказывающие юридическую и фактическую необоснованность, нерациональность и невозможность признания «фундаментальных прав» искусственного интеллекта (объекта с искусственным интеллектом), приведя и контраргументы к ним:

1. Искусственные интеллекты (объекты с искусственным интеллектом) и даже объекты с полноценным искусственным интеллектом (кибер-субъекты) не являются людьми и не могут позиционироваться в качестве аналогичным или тождественным людям. Это наиболее прямой из всех аргумент: можно утверждать, что только люди могут обладать конституционными правами. К примеру, четырнадцатая поправка к Конституции США устанавливает: «Все личности, рожденные или натурализованные в Соединенных Штатах, будучи субъектами юрисдикции таковых, являются гражданами Соединенных Штатов». Можно утверждать, что лишь люди (физические лица) могут рождаться, и, следовательно, искусственный интеллект не может претендовать на права граждан. То, что даже юридические лица имеют некоторые права (к примеру, собственность корпораций защищается от изъятия без справедливой компенсации), то есть что не-физические лица могут иметь гражданские права, может субъективно поддерживать умозаключение, что искусственный интеллект тоже может претендовать на определенные права (Solum, 1992:1258–1259).

2. Искусственный интеллект не обладает определенными критически важными составляющими человеческой индивидуальности (душа, сознание, интенциональность, чувства, интересы). Аргумент, что искусственные интеллекты не имеют души, из чего следует, что они не могут претендовать на конституционные права личностей, независимо от убедительности этого аргумента, в сфере правовых споров и политических дебатов потерпит неудачу, поскольку утверждение, что искусственные интеллекты не обладают душой, основывается на

дискуссионном теологическом презюмировании, но политические и правовые решения обычно принимаются в соответствии с требованиями наличия публичных интересов и мотивов. Требование наличия общественных мотивов исключит использование религиозных аргументов о душах в правовом решении о конституционном статусе искусственного интеллекта. Аргумент о недостатке сознания у искусственного интеллекта трудно оценить, так как мы сами не обладаем должным пониманием того, чем же является сознание. Правовой аргумент может быть таковым: даже если искусственный интеллект может симулировать человеческий интеллект, он не будет обладать самосознанием, и следовательно — он не может претендовать на особые фундаментальные права. Ключевой вопрос здесь следующий: может ли искусственный интеллект расценивать свою жизнь как благо? С другой стороны, если сознание является атрибутом интеллекта, и если все такие атрибуты являются продуктами процессов, происходящих в мозге, и если такие процессы могут быть смоделированы на компьютере, то, быть может, и сознание может быть воссоздано искусственным интеллектом. Другими словами, если сознание может быть продуктом нейронов, то почему оно не может быть продуктом транзисторов? (Solum, 1992:1262–1265). Л. Соулум приводит контраргументы и в отношении таких позиций, как интенциональность, чувства, интересы, свободная воля (Solum, 1992:1267–1276).

3. Искусственные интеллекты, как антропогенный продукт, не могут быть чем-то большим, чем просто собственность людей. Но и в этом случае Лоуренс Соулум приводит ряд контраргументов (Solum, 1992:1276–1279).

IV. НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ, ПОРОЖДАЕМЫЕ РАЗВИТИЕМ И РАСПРОСТРАНЕНИЕМ ТЕХНОЛОГИЙ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА, И ОСНОВНЫЕ ПОДХОДЫ К ПРАВОВОМУ РЕГУЛИРОВАНИЮ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

В литературе отмечается, что использование технологий искусственного интеллекта

«отличается в своих принципах деятельности от формально установленной, зачастую бюрократической модели поведения. Операционная система в сфере информационных технологий и их неотъемлемой части — технологий искусственного интеллекта — отличается спонтанностью, постоянным развитием и трансформациями. По этой причине нормативно-правовая база, регулирующая эту сферу, должна быть: во-первых, универсальной, чтобы быть эффективной, независимо от изменений в информационных технологиях, или, во-вторых, постоянно корректируемой для обеспечения ее эффективности в условиях интенсивных изменений информационных технологий. При этом постоянное внесение изменений в законодательство, как реакция на изменения в сфере информационных технологий, может оказаться труднореализуемым из-за относительно статического и выражено последовательного характера деятельности государственных институтов власти» (Čerka, Grigienė & Širbikytė, 2015:377).

В 2012 г. Европейская Комиссия запустила проект “*RoboLaw*”, основной целью которого было исследование того, каким образом перспективные технологии в сфере био-робототехники (включая искусственный интеллект) могут коррелировать с национальными и общеевропейской правовыми системами, предопределяя вызовы сложившимся правовым категориям и квалификациям, создавая риски в отношении фундаментальных прав и свобод. Цель проекта состояла в разработке и предложении нормативной правовой базы, на основе которого такие технологии могли бы развиваться и должным образом контролироваться. Важным промежуточным результатом проекта “*RoboLaw*” оказался выпущенный 22 сентября 2014 г. отчет «Руководство по регулированию робототехники» (Palmerini et al., 2014), целью которого было учреждение надлежащей правовой среды для развития роботизированных технологий в Европе (Ćerka, Grigienė & Sirbikytė, 2015:377).

По мнению М. Шерера, до недавнего времени развитие искусственного интеллекта происходило в своего рода нормативном вакууме (хотя и не абсолютном); за исключением действующих в некоторых государствах норм, касающихся беспилотных транспортных средств и летательных аппаратов, на настоящий момент принято весьма небольшое количество положений, которые касаются непосредственно уникальных специфических проблем, поднимаемых искусственным интеллектом. Практически отсутствует и судебная практика по данной тематике (Scherer, 2016:356).

На данную сферу в любом случае распространяется действие законодательства, основной вопрос заключается лишь в том, достаточно ли действующих в настоящее время норм, которые устанавливают общий правовой режим, либо же таковые должны быть изменены с учетом особенностей искусственного интеллекта.

При этом подходы к правовому регулированию существенно зависят от того, что следует понимать под искусственным интеллектом, а также от того, какими способностями он обладает.

Традиционные методы правового регулирования, такие, как, например, лицензирование продукции, контроль за исследованиями и разработками, возможность применения механизмов деликтной ответственности, являются, по мнению М. Шерера, не вполне пригодными для управления рисками, связанными с применением автономных систем искусственного интеллекта (Scherer, 2016:356).

Традиционные системы административного регулирования обладают тенденцией быть чрезмерно жесткими, бюрократизированными и медленно адаптироваться к новым реалиям, что особенно проблематично при управлении новыми и быстро развивающимися технологиями, к которым, безусловно, относится искусственный интеллект (Thierer & Castillo, 2016:3).

При этом реализация эффективной государственной политики в области применения искусственного интеллекта и создание соответствующего правового

го регулирования необходимы для обеспечения безопасности, конфиденциальности, защиты интеллектуальных прав, а также обеспечения кибербезопасности⁵, с учетом особенностей сферы искусственного интеллекта.

Исследователи не пришли пока к консенсусу относительно того, какого характера должно быть правовое регулирование искусственного интеллекта:

- 1) упреждающее универсально-тотальное, либо
- 2) направленное на регламентацию конкретных создаваемых систем искусственного интеллекта, в особенности — с учетом того, что эта область постоянно развивается и невозможно абсолютно точно знать, к чему приведет это развитие через некоторое время.

М. Шерер указывает, что

сложности могут возникать как при упреждающем правовом регулировании развития и применения искусственного интеллекта, в силу сложностей универсального определения того, что именно означает термин «искусственный интеллект», а также того, что развитие технологий в этой области может быть одновременно нескоординированным между собой по разным направлениям и непрозрачным, так и при правовом регулировании *ex post* в этой сфере, в силу автономного характера искусственного интеллекта, который создает проблемы контроля и предсказуемости его действий, что может приводить к неэффективности такого регулирования, в особенности, если система искусственного интеллекта несет в себе катастрофические риски (Scherer, 2016: 356–357).

При этом, по мнению данного исследователя, определенные правовые механизмы все же должны использоваться для того, чтобы снижать риски для общества, которые несет в себе развитие и применение искусственного интеллекта, без препятствования развития инновациям (Scherer, 2016:373).

Предметом правового регулирования в исследуемой сфере может быть как сама технология, так и сфера ее применения. Во втором случае правовые нормы или нормы технического регулирования могут быть относительно легко адаптированы к вновь возникающим технологиям, поскольку нормы не привязаны к какой-либо одной конкретной технологии. Но и у этого подхода есть свои пределы.

Кроме того, следует учитывать зависимость возможностей адаптации законодательства и политики к достижениям в области искусственного интеллекта, а также зависимость возможностей адаптации искусственного интеллекта к ценностям, отраженным в законодательстве и политике, — от различных социальных, культурных, экономических и иных факторов. И такая зависимость, ве-

⁵ Artificial Intelligence Research, Development & Regulation (IEEE-USA Position Statement). 2017. Режим доступа: <https://insight.ieeeusa.org/wp-content/uploads/2017/07/FINALformattedIEEEUSAAIPS.pdf>. Дата обращения: 14.12.2017.

роятно, будет варьироваться от государства к государству (Stanford University, 2016:45).

Среди возможных подходов к правовому регулированию использования искусственного интеллекта отметим также возможность создания общего правового режима, распространяемого на все подобные системы, который предусматривает основные требования к обеспечению безопасности, а также касается иных подобных важных аспектов использования и разработки таких систем, вместе с разработкой подробных требований к применению искусственного интеллекта в конкретных сферах. Аргументом в пользу такого подхода является широта возможностей применения соответствующих технологий в самых разных областях человеческих отношений, от здравоохранения до оптимизации работы со смартфонами их пользователями. И уравнивание этих ситуаций на законодательном уровне может привести либо к недостаточной оценке всех рисков, что, в конечном счете, может приводить даже к причинению смерти, либо к установлению излишне строгих ограничений.

В частности, например, в докладе об особенностях применения искусственного интеллекта, подготовленном новозеландскими организациями, перечисляются те сферы, в которых искусственный интеллект уже используется, и к ним отнесены в том числе следующие направления, для правового регулирования деятельности в рамках которых реализуются кардинально разные подходы и принципы:

- транспорт и логистика (в целях транспортного планирования, оказания помощи водителю, предотвращения столкновений и т.д.);
- финансовые услуги (в частности, в целях анализа данных);
- электронная коммерция (например, искусственный интеллект применяется для целей таргетинга);
- образование (например, в рамках курсов языкового обучения);
- здравоохранение (обработка и анализ медицинских данных, содействие в постановке медицинских диагнозов);
- робототехника;
- машинное обучение;
- вооруженные силы (Arcus et al., 2016:4–5).

V. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

По словам П. Черки, Ю. Григене и Г. Сирбиките,

«хотя супер-интеллект, способный к самосовершенствованию и обладающий способностью создавать искусственный интеллект, еще не создан, существующие роботы со встроенными примитивными системами искусственного интеллекта могут нести риски нанесения вреда людям... С внедрением более совершенных систем искусственного интеллекта вероятность причинения вреда человеку будет только возрастать. Искусственные ин-

теллекты, распространенные в общественной жизни, ожидаемо будут: 1) стремиться само совершенствоваться; 2) требовать участия в принятии решений; 3) попытаться сохранить свои служебные функции; 4) пытаться предотвратить фальсификацию их рабочих результатов, т.е. подделку их функциональных свойств; 5) стремиться получить контроль над ресурсами и эффективно использовать их. Эти устремления являются лишь промежуточными, конвергентными целями, которые приводят к конечной цели, для которой создан искусственный интеллект. Таким образом, путем достижения промежуточных целей для достижения конечной цели искусственный интеллект может нанести ущерб третьим лицам» (Serka et al., 2015: 382).

По мнению С.М. Омоундро:

«даже искусственный интеллект всего лишь с возможностью играть в шахматы может быть опасным, если неправильно его спроектировать. Искусственные интеллекты, разработанные без каких-либо особых мер предосторожности, могут начать противостоять своему собственному отключению и пытаться проникнуть в другие технологические системы, чтобы создать копию самого себя. Неправильно спроектированный искусственный интеллект может попытаться приобрести контроль над ресурсами без учета безопасности других, чтобы достичь цели, для которой он был разработан» (Omohundro, 2008:483).

Использование и развитие систем искусственного интеллекта может потенциально создавать спорные с точки зрения права ситуации во многих областях, среди них в докладе «Искусственный интеллект и жизнь в 2030 году» выделены следующие:

- проблемы обеспечения конфиденциальности личной информации (поскольку личные данные индивида потенциально могут быть раскрыты через решения, принимаемые искусственным интеллектом);
- проблемы разработки эффективной политики в сфере развития инноваций;
- проблемы привлечения к гражданской и уголовной ответственности;
- проблемы определения правосубъектности системы искусственного интеллекта, в частности — в каких ситуациях она может действовать в качестве посредника физического или юридического лица, заключать договоры;
- проблемы сертификации систем искусственного интеллекта при использовании их для решения задач, которые, в противном случае, предполагают привлечение компетентных специалистов, деятельность которых лицензируется государством;
- проблема негативного влияния использования систем искусственного интеллекта на количество рабочих мест для людей (Stanford University, 2016:46–57).

Недостаточная внимательность со стороны государства к области использования искусственного интеллекта как быстро развивающейся новой технологии может привести к возникновению громких споров, критических технических сбоев и даже к причинению смерти. Если для их предотвращения или урегулирования не принимать необходимые меры, то, кроме собственного нега-

тивного эффекта, такие события могут приводить к косвенным неблагоприятным последствиям, в силу того, что законодатель может отреагировать на них наложением чрезмерных ограничений на целые отрасли промышленности, либо может не принять мер, эффективно защищающих общество⁶.

VI. ПРОБЛЕМА ПЕРСОНИФИКАЦИИ И КВАЛИФИКАЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ДЕЙСТВИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

Согласно П. Черке, Ю. Григене и Г. Сирбиките,

«хотя функционирование и деятельность искусственного интеллекта и не регулируются сегодня определенными нормативно-правовыми документами, тем не менее, приходится решать вопросы ответственности за ущерб, причиненный деятельностью искусственного интеллекта. Общеправовой подход гласит, что ущерб, причиненный незаконными действиями других должен быть возмещен нарушителем или лицом, ответственным за действия нарушителя. Принимая во внимание эти нормы и тот факт, что искусственный интеллект еще не является субъектом закона, возникает вопрос: кто должен брать на себя ответственность и компенсировать ущерб, причиненный действиями искусственного интеллекта?» (Čerka, Grigienė & Sirbikytė, 2015:377).

Вероятность возникновения ущерба, причиненного действиями искусственного интеллекта, действительно, существует. Уже были случаи, когда ответственность за определенные действия лица перекладывалась на искусственный интеллект (Čerka et al., 2015: 381).

При использовании систем искусственного интеллекта в отдельных конкретных отраслях также могут возникать конкретные вопросы, связанные с определением ответственности. Так, например, в случае использования искусственного интеллекта в медицине возникает вопрос о том, в какой мере врачи могут делегировать задачи, связанные с медицинской диагностикой, интеллектуальным системам, не подвергая себя рискам повышенной ответственности в том случае, если система допускает ошибку (Scherer, 2016: 356), и кто именно вообще должен будет нести ответственность в случае совершения такой ошибки.

VII. ПОТЕНЦИАЛЬНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

В силу высокой актуальности вопроса разработки эффективного законодательства в области использования и развития искусственного интеллекта в на-

⁶ Artificial Intelligence Research, Development & Regulation (IEEE-USA Position Statement). 2017. Режим доступа: <https://insight.ieeeusa.org/wp-content/uploads/2017/07/FINALformattedIEEEUSAAIPS.pdf>. Дата обращения: 14.12.2017.

стоящее время на уровне международных организаций, как правительственных, так и частных, а также в научной среде формируется множество предложений относительно основных особенностей и потенциально необходимых акцентов такого законодательства.

Полагаем, что наибольший интерес представляет Резолюция Европейского Парламента вместе с рекомендациями Комиссии от 16 февраля 2017 г. «Нормы гражданского права о робототехнике»⁷, содержащая целый ряд рекомендаций и предложений по самым разным направлениям в этой области.

К примеру, в разделе «Общие принципы» Введения к Резолюции Европейского Парламента вместе с рекомендациями Комиссии от 16 февраля 2017 г. «Нормы гражданского права о робототехнике» отмечено, что законы робототехники, разработанные А. Азимовым, должны учитываться разработчиками, производителями и операторами роботов, включая автономных и самообучаемых роботов, если они не могут быть преобразованы в машинный код. Также в данном разделе отмечено, что нормы, регулирующие ответственность, прозрачность и подотчетность, необходимы, поскольку они отражают, по существу, универсальные человеческие ценности, однако они не должны негативно влиять на процессы исследований, инноваций и развития в робототехнике. Кроме того, указывается, что должен быть предпринят постепенный, прагматичный и осторожный подход в отношении регулирования будущих инициатив в области робототехники.

В докладе «Искусственный интеллект и жизнь в 2030 году», разработанном на базе Стэнфордского университета в 2016 году, были предложены следующие направления разработки политики в области правового регулирования использования и разработки искусственного интеллекта:

- определение способа накопления технических знаний в сфере искусственного интеллекта на всех уровнях государственного управления;
- устранение предполагаемых и фактических препятствий для исследования корректности функционирования, безопасности и соблюдения конфиденциальности системами искусственного интеллекта и их воздействия на общество;
- стимулирование междисциплинарных исследований воздействия систем искусственного интеллекта на общество (Stanford University, 2016:43).

Американское подразделение Института инженеров электротехники и электроники (международной некоммерческой организации) предложило следующие принципы государственной политики в области развития и использо-

⁷ European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). Режим доступа: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>. Дата обращения: 14.12.2017.

вания искусственного интеллекта, позволяющие использовать его в наилучших интересах общества:

- подготовка высококвалифицированной рабочей силы в сфере искусственного интеллекта для органов публичной власти, промышленности и науки;
- поддержка исследований и разработок в области искусственного интеллекта;
- обеспечение эффективного правового регулирования развития и использования искусственного интеллекта для обеспечения общественного благосостояния посредством создания надежной индустрии искусственного интеллекта;
- содействие общественной осведомленности относительно преимуществ и рисков, связанных с использованием искусственного интеллекта⁸.

М. Шерер предполагает, что правовое регулирование использования и развития систем искусственного интеллекта может быть эффективным при использовании, например, следующих механизмов:

- обеспечение сертификации систем искусственного интеллекта и запрет на производство и применение несертифицированных систем, что может быть серьезным стимулом для разработчиков вкладывать определенные ресурсы в обеспечение безопасности таких систем;
- применение механизмов солидарной ответственности за использование несертифицированных систем искусственного интеллекта;
- использование механизмов деликтной ответственности в качестве рычага для интернализации внешних факторов, связанных с системами искусственного интеллекта;
- государственное финансирование исследований в области безопасности систем искусственного интеллекта с одновременным установлением санкций в отношении разработчиков, игнорирующих результаты таких исследований;
- установление необходимости утверждения систем искусственного интеллекта соответствующим профильным органом публичной власти, процесс которого будет включать в себя несколько этапов тщательного тестирования на предмет безопасности, по аналогии с обеспечением, к примеру, безопасности лекарственных средств (Scherer, 2016: 398–399).

VIII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Искусственный интеллект является центральной частью серьезной цифровой трансформации текущей промышленной революции и потенциально может оказывать существенное влияние на многие сферы жизни (Kemp, 2016:24).

⁸ Artificial Intelligence Research, Development & Regulation (IEEE-USA Position Statement). 2017. Режим доступа: <https://insight.ieeeusa.org/wp-content/uploads/2017/07/FINALformattedIEEEUSAAIPS.pdf>. Дата обращения: 14.12.2017.

Искусственный интеллект уже интенсивно порождает новые существенные вызовы (и их будет все больше по мере развития и внедрения такого рода технологий), сопряженные с крайне сложно просчитываемыми рисками и поливариантностями, создает беспрецедентно много неопределенностей. И правовое регулирование в этой сфере не просто не поспевает, но уже на сегодняшний день безнадежно отстало от технологического развития.

При этом правовое положение искусственного интеллекта зависит от меры и природы автономности искусственного интеллекта (системы искусственного интеллекта) от человека. Существенно значимыми элементами такой автономности, полагаем, являются:

– субъектность (в том числе — автономность как интеллектуального агента, самостоятельность и самореферентность в самообучении и в выработке и принятии решений);

– когнитивная и адаптационная автономность;

– пространственно-кинетическая автономность;

– автономность программно-энергетического управления (в том числе — самостоятельность в само-включении-отключении-перезапуске и возможность воспрепятствия внешнему отключению);

– энергетическая автономность.

Однако каждая из этих позиций сама по себе нуждается в фундаментальном осмыслении и понимании, чтобы выработать релевантные предложения о совершенствовании законодательства в этой сфере.

По описанным выше обстоятельствам правовое обеспечение искусственного интеллекта должно развиваться последовательно (хотя и интенсивно), с учетом предварительного исследования всех рисков, которые возможно предположить на современном этапе развития технологий, и специфики использования искусственного интеллекта в различных сферах жизни. При этом существенно важно, необходимо обеспечить баланс между интересами общества и отдельных индивидов, в том числе безопасность и необходимость развития инноваций в интересах общества.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Allen, R. J. (2004) Legal evidence scholarship meets artificial intelligence. *Applied Artificial Intelligence. An International Journal*. 18 (3-4), 367–389. Available from: doi:10.1080/08839510490280003.
- Arcus, S., Trollove, W., Caird, F., McClintock, B., McFadzien, K. & Orr, B. (2016) *Determining our future: Artificial Intelligence. Opportunities and challenges for New Zealand: A call to action*. Wellington, Institute of Directors and Chapman Tripp. Available from: <https://www.iod.org.nz/Portals/0/Governance%20resources/Artificial%20Intelligence.pdf> [Accessed 14th December 2017].
- Ashley, K. D. (2017) *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge, Cambridge University Press. Available from: doi:10.1017/9781316761380.

- Barfield, W. (2005) Issues of Law for Software Agents within Virtual Environments. *Presence: Teleoperators and Virtual Environments*. 14 (6), 741–748. Available from: doi:10.1162/105474605775196607.
- Čerka, P., Grigienė, J. & Sirbikytė, G. (2015) Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*. 31 (3), 376–389.
- Gasson, M. N. & Koops, B.-J. (2013) Attacking Human Implants: A New Generation of Cyber-crime. *Law, Innovation and Technology*. 5 (2), 248–277.
- Hallevy, G. (2015) *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*. Dordrecht, Springer. Available from: doi:10.1007/978-3-319-10124-8.
- Johnson, D. G. (2014) Technology with No Human Responsibility? *Journal of Business Ethics*. 127 (4), 707–715. Available from: doi:10.1007/s10551-014-2180-1.
- Kemp, R. (2016) *Legal Aspects of Artificial Intelligence*. London, Kemp IT Law. Available from: <http://www.kempitlaw.com/wp-content/uploads/2016/11/Legal-Aspects-of-AI-Kemp-IT-Law-v1.0-Nov-2016-2.pdf> [Accessed 14th December 2017].
- Nissan, E. & Martino, A. A. (2004) Artificial intelligence and formalisms for legal evidence: an introduction. *Applied Artificial Intelligence*. 18 (3-4), 185–229. Available from: doi:10.1080/08839510490279852.
- Omohundro, S. M. (2008) The Basic AI Drives. In: *Proceedings of the 2008 conference on Artificial General Intelligence 2008*. Amsterdam, IOS Press. pp. 483–492.
- Oskamp, A. & Lodder, A. R. (2006) Introduction: Law, Information Technology, and Artificial intelligence. In: Lodder, A. R. & Oskamp A. (eds.) *Information Technology and Lawyers*. Dordrecht, Springer, pp. 1–22. Available from: doi:10.1007/1-4020-4146-2_1.
- Palmerini, E., Azzarri, F., Battaglia, F., Bertolini, A., Carnevale, A., Carpaneto J., Cavallo, F., Di Carlo, A., Cempini, M., Controzzi, M., Koops, B.-J., Lucivero, F., Mukerji, N., Nocco, L., Pirni, A., Shah, H., Salvini, P., Schellekens, M. & Warwick, K. (2014) *Guidelines on Regulating Robotics (Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics)*. Pisa, RoboLaw. Available from: http://www.robotlaw.eu/RoboLaw_files/documents/robotlaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf [Accessed 14th December 2017].
- Popov, E. P. (ed.) (2000) *Robototekhnika. Terminologiya* [Robotics. Terminology]. Moscow, Institut problem peredachi informatsii RAN. (in Russian)
Робототехника. Терминология / отв. ред. Е. П. Попов. М. : Институт проблем передачи информации РАН, 2000.
- Saripan, H. (2016) Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model. *World Applied Sciences Journal*. 34 (6), 824–831. Available from: doi:10.5829/idosi.wasj.2016.34.6.15672.
- Sartor, G. (2009) Cognitive Automata and the Law: Electronic Contracting and the Intentionality of Software Agents. *Artificial Intelligence and Law*. 17 (4), 253–290.
- Scherer, M. U. (2016) Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*. 29 (2), 353–400. Available from: doi:10.2139/ssrn.2609777.
- Solum, L. B. (1992) Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*. 70 (4), 1231–1287.
- Stanford University (2016) Artificial Intelligence and Life in 2030: One Hundred Year Study on Artificial Intelligence. Available from: https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fnl.pdf [Accessed: December 12th 2012].
- Sunstein, C. R. (2001) Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning. *University of Chicago Law School Roundtable*. 8. Available from: doi:10.2139/ssrn.289789.
- Thierer, A. & Castillo, A. (2016) *Preparing for the Future of Artificial Intelligence*. Washington, George Mason University. Available from: <https://www.mercatus.org/system/files/Thierer->

Artificial-Intelligence-Permissionless-Innovation-PIC-v1.pdf. [Accessed: 14th December 2017].

Yastrebov, O. A. (2017a) Artificial Intelligence in the Legal Space: The Conceptual and Theoretical Approaches. In: Yakovlev, V. F., Khabrieva, T. Ya. & Andreev, V. K., et al. (eds.) *Legal Personality: The Collection of Materials of the XII Annual Scientific Readings in Memoriam of Professor S. N. Bratus*. Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Statut. pp. 271–283.

Ястребов О.А. Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сборник материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся / под ред. В.Ф. Яковлева, Т.Я. Хабриевой, В.К. Андреева и др. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Статут, 2017. С. 271–283.

Yastrebov, O. A. (2017b) *Diskussiya o predposylkakh dlya prisvoeniya robotam pravovogo statusa «elektronnykh lits»* [Discussion on the prerequisites for assigning robots legal status of «electronic persons»]. *Issues of Jurisprudence*. (1), 189–203. (in Russian)

Ястребов О.А. Дискуссия о предпосылках для присвоения роботам правового статуса «электронных лиц» // Вопросы правоведения. 2017. № 1. С. 189–203.

Yu, R. (2017) The Machine Author: What Level of Copyright Protection is Appropriate for Fully Independent Computer Generated Works? *University of Pennsylvania Law Review*. 165 (5), 1241–1270.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Понкин Игорь Владиславович, доктор юридических наук, профессор кафедры государственного и муниципального управления, Институт государственной службы и управления, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ.

ORCID ID: 0000-0003-4438-6649

Контактная информация:

e-mail: i@lenta.ru

Редькина Алена Игоревна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры спортивного права, Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА).

ORCID ID: 0000-0002-4865-9694

Контактная информация:

e-mail: juriste.ap@gmail.com

Для цитирования:

Понкин И.В., Редькина А.И. Искусственный интеллект с точки зрения права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 91–109, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-91-109

ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM THE POINT OF VIEW OF LAW

Igor V. Ponkin

The Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration
Institute of Public Administration and Management
84, prosp. Vernadskogo, Moscow, Russia, 119606

Alena I. Redkina

Kutafin Moscow State Law University
9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

Artificial intelligence technologies are developing intensively today, including due to the development of technologies of stable neural networks and cloud computing infrastructures, fuzzy system technologies, entropy administration, swarm intelligence, evolutionary computations, and many others. etc. At the same time, the problem of almost complete absence of normative legal regulation and normative technical regulation of the foundations, conditions and features of development, functioning, activities, integration into other systems and control over the use of artificial intelligence technologies is global today.

The Article is devoted to the study of the specifics of the legal regulation of the use and development of artificial intelligence. Some approaches to the definition of artificial intelligence and the features of legal regulation of this sphere, which take place in the scientific literature, are considered and the author's definition of artificial intelligence is developed and given through the disclosure of its main features. In particular, according to the proposed definition, artificial intelligence is an artificial complex cybernetic computer-software-hardware system possessing the properties of substantivity, autonomy, and also the ability to perceive and analyze data, to self-learn. The question of positioning the artificial intelligence system as a special form of person (for example, the so-called «electronic person»), that is, granting it a certain legal personality depending on various factors and the field of application of such a system, is considered in this article. The article also notes the main possible approaches to legal support for the use and development of artificial intelligence systems, in particular, such approaches include the preemptive universal-total legal regulation and legal regulation aimed at the regulation of specific artificial intelligence systems. The main risks and uncertainties associated with artificial intelligence (and which are of great importance for the adoption of legislation in this field) have been investigated. There are drawn the conclusions about how to develop legislation on the use and development of artificial intelligence: consistently, taking into account the specifics of areas of its application, as well as balancing the interests of individuals, society and the state with regard to proper security and protection of individual rights, and interests related to the development of innovation for the benefit of the whole society.

Key words: computer law; informational technology; artificial intelligence; digital economy; information law; computer science; post-industrial society; cybernetics

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Igor V. Ponkin, Doctor of Legal Sciences, Professor, Institute of Public Administration and Management, The Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration.

ORCID ID: 0000-0003-4438-6649

Contact information:

e-mail: i@lenta.ru

Alena I. Redkina, PhD in Law, Senior Lecturer, Department of Sports Law, Kutafin Moscow State Law University.

ORCID ID: 0000-0002-4865-9694

Contact information:

e-mail: juriste.ap@gmail.com

For citation:

Ponkin, I. V. & Redkina, A. I. (2018) Iskusstvennyi intellekt s tochki zreniya prava [Artificial Intelligence from the Point of View of Law]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 91–109. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-91-109.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139

LE CONTENU DE LA FUTUR REGLEMENTATION JURIDIQUE DES RELATIONS GAZIERES ENTRE LA RUSSIE, L'UE ET SES PAYS MEMBRES

Aleksandr K. Volkov

«Sphera», SARL

7, Finskyi per., Saint-Petersbourg, Russie, 195009

La réglementation juridique actuelle ne permet pas de satisfaire les nombreux intérêts de la Russie, l'UE et ces pays membres en matière de gaz. La solution pourrait être l'établissement d'un cadre juridique, incitant le développement des relations de participation directe des entreprises sur les marchés. Notamment la participation de Gazprom, et d'autres compagnies russes, au marché du transport, de la distribution et de la fourniture de gaz à l'UE et de la participation des entreprises européennes à la production du gaz en Russie. Les bases de la réglementation de ces relations pourront être fixées dans le nouvel accord international entre la Russie, l'UE et ses pays membres.

Le but de la réglementation serait l'établissement d'un marché partiel basé sur l'idée de l'accès garanti des entreprises russes au secteur de la fourniture européenne, dans la limite de certains quotas (volumes fixés). Les entités des pays de l'UE recevraient l'accès à la production de gaz en Russie dans la limite des mêmes volumes (selon le principe de réciprocité). En même temps, les relations basées sur des contrats à long terme seraient conservées pour garantir la sécurité énergétique de l'UE et la stabilité économique de Gazprom.

L'accord projeté contiendra des règles sur la concurrence, sur les investissements et le commerce dans le domaine de gaz naturel. La réglementation proposée permettrait de résoudre plusieurs problèmes. En matière d'investissements, elle créerait les conditions de leur attractivité dans le secteur de la production du gaz en Russie et de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE. En matière de concurrence, le recours à l'arbitrage en cas d'abus ou en cas d'infraction aux règles du droit anti monopole par d'autres acteurs du marché, et les règles sur la coopération entre ces acteurs serviraient de base à la création du marché, à la multiplication des producteurs, des commerçants et des fournisseurs.

Mots-Clefs: le marché du gaz; la sécurité énergétique; l'approvisionnement en gaz; le droit international énergétique; les garanties des investissements en Russie; le droit de la concurrence en matière d'énergie; les traités internationaux sur l'énergie; le gaz naturel

THE CONTENT OF THE FUTURE LEGAL REGULATION OF THE GAS RELATIONS BETWEEN RUSSIA, EUROPEAN UNION AND EU MEMBER STATES

Aleksandr K. Volkov

«Sphera» Ltd

7, Finskyi per., Saint-Petersbourg, Russia, 195009

There are two types of relations between Russia and European countries in the sphere of gas cooperation. The first type is dominant; it includes long-term contractual relations of Gazprom with the European enterprises. The second type is just emerging and comprises opening up of the respective markets, that is, direct participation of the European companies on Russia's market and vice versa.

However, the actual legal regulation of gas relations does not permit to satisfy the numerous interests of Russia, EU and its members in the natural gas domain. For Russia it is the augmentation of the gas production, attraction of the investments in this sphere. The EU cannot guarantee the energy security, the diminution of the gas prices, the creation of the pan European market and of the conditions of the sustainable development, the reinforcement of the EU positions on the external markets etc.

The resolution of the problem could be the development of the relations of the direct participation of the companies on the markets: of Gazprom and other Russian companies on the market of transport, retail, distribution of gas of the EU and of the participation of the European enterprises in the production of gas on the territory of the Russia.

The basis of the legal regulation of this type of the relations could be fixed in the international treaties between Russia, EU and the member-states, which will contain the provisions on concurrence, investments and commerce in the gas sphere.

The regulation of gas relations between Russia, the EU and its members described could help to solve numerous problems. In terms of investments, it would create the necessary conditions for foreign companies' activity in Russia's gas production sector and in the EU retail market. This will be possible largely due to the proclamation of efficient dispute resolution and other guarantees. In terms of competition, the right to submit claims to arbitration, foreseen in the agreement, will play a key role in countering the abuse by antitrust authorities or antitrust violations by enterprises. The rules of cooperation of the treaty will serve as the foundation for the common market. They will also promote the increase in the number of producers, retailers and consumers. The derogations from the competition rules will be important for ensuring energy security and for the attraction of investment.

Key words: gas market; energy security; gas supply; international energy law; concurrence in the energy law; international treaties on energy; natural gas

I. INTRODUCTION

Actuellement, entre les compagnies russes et européennes en matière de gaz, il existe deux groupes de relations. Le premier groupe dominant, celui des relations contractuelles de Gazprom avec des entreprises des pays de l'UE, basées sur les contrats à long terme. Pendant les 40 années d'utilisation de ce modèle, il n'y a pas eu d'interruptions dans l'approvisionnement. Le deuxième groupe de relations est celui de la participation directe des compagnies qui sont parties aux marchés. Il s'agit, de la participation de compagnies russes sur le marché européen et, réciproquement, d'entreprises européennes sur le marché russe. Ce sont des relations nouvelles qui sont en train de se mettre en place et elles sont devenues possibles grâce à l'ouverture des marchés de l'UE à la Russie. La réglementation de ces relations se fait par des accords entre les gouvernements des États et, au niveau local, elle est représentée par les législations nationales et les accords entre les entreprises.

Cependant, la réglementation juridique actuelle ne permet pas de satisfaire les nombreux intérêts des parties. Pour la Russie c'est la croissance de la production effective de gaz et l'attraction des investissements dans ce domaine qu'il s'agit d'assurer. L'UE, quant à elle actuellement, ne peut pas garantir sa sécurité d'approvisionnement, la baisse du prix du gaz, l'établissement du marché énergétique

pan-européen, le renforcement de sa position externe sur le marché énergétique, pas plus que la création des conditions du développement durable etc.

Ainsi, l'un des obstacles au développement des relations gazières entre la Russie, l'UE et ses pays membres est l'absence d'une réglementation juridique adéquate. Cette absence provient de l'inexistence d'un accord entre les parties sur l'évolution de ces relations. Ainsi, il convient de proposer quelques idées susceptibles de servir de modèle aux relations dans ce domaine et le cadre juridique correspondant.

En février 2011, la Commission UE et le gouvernement de la Russie ont décidé d'élaborer une feuille de route pour la coopération en matière d'énergie à long terme, basée sur l'évaluation de différents scénarios. Dans le cadre du dialogue énergétique, ce document a finalement été élaboré en mars 2013¹. Pour ce qui concerne le gaz, on trouve dans ce texte les listes des actions qui doivent être parachevées vers 2020, 2030 et 2050, et supervisées par le dialogue énergétique.

Vers 2020 on a prévu l'adoption des mesures d'approvisionnement stable en gaz en provenance de la Russie sur la base de contrats à long terme, la création d'une plateforme opérationnelle paneuropéenne du transport du gaz encourageant l'intégration des marchés, le fonctionnement de ladite infrastructure et la promotion des investissements russes dans le secteur gazier européen. L'utilisation d'une plateforme opérationnelle paneuropéenne du transport du gaz et le rapprochement de la régulation juridique des relations gazières doivent être accomplis vers 2030. Toutes les barrières entre les marchés et les infrastructures seront supprimées, le marché unique sera établi vers 2050.

Ainsi, le passage immédiat vers le marché intégré de l'énergie n'est pas possible. Les mesures annoncées ne permettront pas de surmonter les préoccupations des parties déjà annoncées: principalement les craintes du gouvernement russe de perdre le contrôle sur la production du gaz en Russie et les peurs de la Commission européenne que Gazprom monopolisera toute l'industrie gazière en Europe (Nies & Schülke, 2011:149.). Pour cette raison, le premier pas de l'intégration pourrait être l'établissement du marché partiel. L'accès des entreprises russes au secteur européen de la fourniture ne sera garanti que dans la limite de certains quotas (volumes fixés). En contrepartie, les compagnies des pays de l'UE auront accès à la production de gaz en Russie dans les mêmes limites de volumes (selon le principe de la réciprocité) que les entreprises russes sur le marché européen.

On voit déjà l'acceptabilité de cette approche au niveau des entreprises. Le 27 avril 2006, les dirigeants de Gazprom et de BASF sont parvenus à un accord d'échange d'actifs. Les Allemands ont rétrocédé aux Russes 15% des actions de la

¹ Feuille de route de la Coopération énergétique entre la Russie et l'UE vers 2050 de mars 2013. Accessible à: http://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2013_03_eu_russia_roadmap_2050_signed.pdf. (Consulté le 11 mai 2017).

société commune Wingas² permettant à Gazprom d'obtenir la moitié des parts moins une action. Par contre, BASF a reçu en contrepartie approximativement 35% des actions d'Achmigaz (Dobrynkin, 2008:7), société de production de gaz du champ Yuzhno Russkoyé (Dasseleer, 2009:108.). En 2012, le rapprochement entre les deux entreprises a été amplifié: Gazprom a obtenu le contrôle à 100 % des fournisseurs Wingas (fournisseur de 20% du gaz en Allemagne), Wieh (qui opère en Belgique, au Danemark, en France, au Royaume-Uni, en Autriche, aux Pays-Bas et en République Tchèque), Wiece (qui approvisionne en gaz naturel les pays du Sud-Est de l'Europe, surtout la Roumanie et la Bulgarie). Wintershall (entreprise à 100% de BASF group) a, en revanche, accru sa part de participation dans la compagnie Amchigaz. Pourtant, au début cet accord n'a pas été approuvé par la Commission européenne.

Le développement de ce type de relations est intéressant pour les participants au marché du gaz. Mais, en même temps, l'UE, ses pays membres et la Russie préfèrent cultiver des relations basées sur des contrats à long terme.

Quelle que soit la forme choisie par la Russie, l'UE et ses pays membres pour encadrer leurs relations en matière d'énergie dans le domaine du gaz, l'accord éventuel contiendra nécessairement des stipulations sur les principes régissant la coopération entre les parties (II), les investissements (III), la concurrence (IV). Il comprendra également des stipulations sur les institutions et les organes chargés de coordonner la mise en œuvre des divers aspects qu'il régira (V).

II. LES PRINCIPES RÉGISSANT LA COOPÉRATION DANS LE DOMAINE ÉNERGÉTIQUE

Ces principes seront nécessairement puisés du texte du TCE, déjà accepté par plusieurs pays, de la proposition russe d'une nouvelle base juridique de coopération internationale dans la sphère énergétique, de l'Accord de partenariat et coopération, des législations européenne et russe, des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU sur l'énergie, des déclarations du G8, notamment le plan d'action sur la sécurité énergétique mondiale.

On peut distinguer trois groupes de principes susceptibles de figurer dans l'éventuel accord. Le premier comprend les principes généraux sur la coopération en matière d'énergie (ouverture progressive des marchés et création du marché unique, le développement de la concurrence, de la réciprocité, de la transparence). Le second comprend les principes sur les investissements. Le troisième comprend les principes relatifs à la sécurité énergétique.

² Cette entreprise, Wintershall Erdgas Handelshaus (WIEH), a été créée en 1990 en tant que joint venture entre Gazprom et Wintershall pour la fourniture du gaz russe en Allemagne de l'Est (Stern, 2005:111.)

2.1. Principes généraux

Parmi les principes généraux, le plus important est principe de l'ouverture progressive des marchés et de la création d'un marché unique. Il constitue le but même de la coopération, c'est-à-dire de la conclusion de l'accord. Il s'agit de confirmer la volonté de créer le marché unique et non seulement d'attirer des investissements.

Le deuxième principe est celui du développement de la concurrence, sans laquelle la création du marché n'est pas possible.

La création du marché unique sera graduelle, progressive et basée sur le respect des intérêts des parties. Cette idée trouve sa matérialisation dans le principe de réciprocité. Il faut se rappeler que les juristes ont d'abord utilisé la réciprocité comme une explication générale du droit international (Decaux & Reuter, 1980:7). Kant reliait ce principe à la naissance même du droit (Decaux & Reuter, 1980:4). Ainsi, la réciprocité est un fondement essentiel du système commercial international. Ancré dans les accords de l'OMC, elle est aujourd'hui devenue incontournable dans les débats sur la politique commerciale³. La réalisation de ce principe peut être trouvée, premièrement dans l'ouverture réciproque des marchés, c'est-à-dire dans la fixation de quotas équivalents. On peut également utiliser ce principe dans les sphères des investissements et de la concurrence: les parties ouvriraient au même niveau leurs marchés respectifs à la concurrence et octroieraient les mêmes garanties aux investissements.

L'exigence d'une réciprocité est une condition de l'exécution des obligations (Decaux & Reuter, 1980:13). En cas de non-respect de l'accord, des décisions sur le marché du gaz prises au niveau de l'UE et de la Russie (par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz) et des décisions d'arbitrage l'autre partie sur la base du principe de la réciprocité peuvent introduire des contre-mesures. De plus, le respect du principe de réciprocité est la garantie de l'égalité des droits lors de l'interprétation. L'accord doit être interprété de manière égalitaire. Le juge doit se fonder sur l'idée que l'accord est basé sur le fondement de la réciprocité, de l'égalité et du respect mutuel (Decaux & Reuter, 1980:340).

La transparence de tous les segments des marchés gaziers (production, export, transport, distribution, commercialisation et fourniture) est un autre principe important.

La transparence est un trait fondamental de la culture européenne contemporaine. Elle est à la base de l'établissement de la confiance entre les parties (Bianchi, 2013:1).

La notion de transparence est en train de se mettre en place (Bianchi, 2013:6). Elle est associée à l'information, aux connaissances, à la légitimation, à la reddition, à la démocratie participative et à la bonne gouvernance (Bianchi, 2013:8). Selon l'avis de la Commission économique pour l'Asie et la région pacifique, la transparence est

³ Rapport de J.M. Delisle de mars 2013, Réciprocité et commerce international. Comment restaurer des conditions de concurrence loyale ? Chambre de commerce et l'industrie de Paris. 2012. P. 7.

l'information accessible pour ceux qui seront concernés par telle ou telle décision (Bianchi, 2013:8). Pour les objectifs du droit international des investissements, la transparence signifie "l'adéquation, la ponctualité et l'accessibilité de la connaissance, l'information sur la politique, les règles, les procédures, les activités, les opérations des organes centraux en matière d'investissements" (Maupin, 2013:149). Ainsi, la transparence est l'information relevant du domaine public (sur la législation, les procédures, les décisions administratives et les décisions judiciaires d'application générale, les gisements, le développement du marché, etc.) ou privé (sur les décisions d'arbitrage, les participants actuels et potentiels qui doivent avoir un accès à l'information générale concernant d'autres participants au marché, etc.).

Cependant, la transparence n'est pas toujours associée au droit international dans la mesure où la pratique de la diplomatie internationale (Bianchi, 2013:3) reste dans une grande mesure confidentielle. Donc, la transparence connaît des limites. Il faut qu'il y ait une place pour la confidentialité, surtout par rapport à l'information privée.

Le principe suivant, découlant du premier, est celui de la liberté de l'export du gaz. Les compagnies européennes, qui reçoivent des quotas, doivent avoir la possibilité d'exporter le gaz de la Russie (actuellement cela n'est pas possible à cause du monopole de Gazprom), sinon, leurs intérêts dans la participation aux quotas seraient illusoires. Ainsi, dans le futur Accord, il faut prévoir le droit d'exporter le gaz pour les compagnies qui le font en vertu des quotas. Cette norme peut aussi concerner les compagnies russes. Quant aux taxes à l'importation ou à l'exportation, on pourrait reprendre les dispositions du TCE, qui prévoient que chaque partie contractante s'efforce de ne pas augmenter les droits de douane ou autres taxes perçus, et que ces relations seront réglées par le GATT. Cependant, à l'article XX «g», on prévoit une dérogation qui permet d'introduire des taxes sur des produits énergétiques pour prévenir leur épuisement pour le cas où ces mesures seraient appliquées en même temps que la restriction de la consommation et de la production interne. De pareilles règles peuvent être introduites dans le futur Traité. Mais, dans tous les cas, si ces taxes ne sont pas appliquées de manière discriminatoire, elles ne constitueraient pas une entrave à la concurrence et à l'établissement du marché unique, et seront désavantageuses également pour les entreprises russes et européennes.

Le dernier principe important, est celui de la responsabilité de l'Etat pour les actes ou les négligences des administrations publiques, autorités régionales (locales) et entités contrôlées. Si la responsabilité de l'Etat pour les actes et négligences des administrations publiques et des autorités régionales (locales) est claire, sa responsabilité pour les actes et négligences des entités contrôlées n'est pas évidente.

Cette question revêt une grande importance dans le domaine énergétique qui est caractérisé par la participation des compagnies publiques, c'est-à-dire contrôlées par l'Etat. L'article 22 du TCE reconnaît que l'Etat peut être responsable pour les entités contrôlées (Griogoriadis, 2008:45–64). On trouve une stipulation similaire dans certains TBI (Poulain, 2006:136). Cette règle est issue du droit international coutumier (Nouvel, 2006:25–53).

Dans la jurisprudence, à la suite des sentences *Salini c. Maroc* et *Matfezzini c. Espagne*, les sentences rendues dans les affaires *Eureko B.V. c. Republic of Poland*, *UPS c. Canada*, *Tradex c. Albania* ont fait référence de manière appuyée aux travaux du Professeur Crawford pour lequel la responsabilité de l'État peut être engagée, non seulement pour la conduite de ses organes, mais également pour la conduite d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe étatique mais qui est investie par la loi de cet Etat du pouvoir d'exercer une part de l'autorité gouvernementale (Crawford, 2003:119). Cette extension du domaine de la responsabilité des États est notamment justifiée par la prise en compte des situations dans lesquelles d'anciennes entreprises d'État ont été privatisées mais restent encore investies de fonctions publiques ou réglementaires (Poulain, 2006:133).

2.2. Principes relatifs aux investissements

Le bloc des principes sur les investissements est représenté par le principe de la souveraineté de l'État sur ses propres ressources naturelles. Il s'agit des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies n° 1803 du 14 décembre 1962⁴, n° 3201 du 1 mai 1974⁵ et n° 3281 du 12 décembre 1974⁶, qui prévoient successivement le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles. Les États sont libres de fixer les règles applicables à la propriété des ressources énergétiques, leur exploration et l'exploitation. Chaque Etat conserve le droit de décider des secteurs géographiques de sa zone qui sont destinés à être mis à disposition pour l'exploration et l'exploitation de ses ressources énergétiques, de l'optimisation de leur récupération et du rythme auquel elles peuvent être extraites ou autrement exploitées. Chaque Etat détermine et perçoit les taxes, impôts et redevances et règlemente les aspects environnementaux et de sécurité de l'exploration (art. 18 du TCE).

Ainsi, ce principe permet la mise en œuvre d'un contrôle strict de l'accès des investissements étrangers et de justifier les mesures d'expropriation ou de nationalisation. Cependant, selon le nouvel Accord, la décision sur l'accès des investissements étrangers pourra être prise, non seulement au niveau de l'État, mais aussi au niveau de la Russie et de l'UE par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz.

⁴ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale "Souveraineté permanente sur les ressources naturelles" du 14 Décembre 1962. Accessible à: <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (Consulté le 11 mai 2017).

⁵ Résolution 3201 (s-vi) de l'Assemblée générale "Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international" du 1 mai 1974. Accessible à: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_f.pdf. (Consulté le 11 mai 2017).

⁶ Résolution 3281 de l'Assemblée générale "Charte des droits et devoirs économiques des États" du 12 Décembre 1974. Accessible à: [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F). (Consulté le 11 mai 2017).

Quant aux mesures de nationalisation, il faut indiquer qu'elles doivent être justifiées et réalisées selon le droit international.

Le droit souverain des Etats sur leurs propres ressources ne sera pas limité par le droit à l'énergie (à l'approvisionnement) d'autres Etats, ce qui fait débat actuellement. Cependant, les investisseurs seront protégés par les principes de l'accès non-discriminatoire aux marchés, de la non-discrimination et de la protection des investissements, du régime national des investissements.

Les autres principes relatifs aux investissements ne sont pas de moindre importance. Il s'agit de l'encouragement de l'échange mutuel des actifs dans le domaine énergétique, de la non-discrimination dans l'accès aux technologies de l'énergie et de la participation à des transferts de technologie, de l'assistance dans la mise en œuvre des projets infrastructurels ayant une certaine importance pour le développement du marché unique et de la simplification des procédures administratives.

2.3. Principes relatifs à la sécurité énergétique

La doctrine de la sécurité énergétique n'a pas jusqu'à ce jour un caractère juridique précis. Le professeur S.S. Zankovskii l'explique par le fait que cette notion est le produit de l'interaction entre la politique, le droit et l'économie (Zankovskii, 2006:64.). En même temps, on peut constater l'importance de l'élaboration de la notion uniforme de sécurité énergétique par la science juridique (Sapir, 2006). C'est surtout cela qui est essentiel pour atteindre les objectifs du futur Accord entre la Russie et l'UE.

Pour élaborer la notion de sécurité énergétique, en évitant des contradictions, il faut analyser la réglementation existante aux niveaux national et international.

En Russie la définition de la notion de sécurité énergétique se trouve dans la nouvelle Stratégie énergétique, adoptée en novembre 2009. La sécurité énergétique est définie comme la situation dans laquelle l'Etat, les citoyens, la société et l'économie sont protégés de la menace de ne pas être approvisionnés en combustibles et en énergie.

La sécurité énergétique est considérée comme la priorité de la politique énergétique et une composante importante de la sécurité nationale.

Selon le titre 2 de la Stratégie, la notion de sécurité énergétique représente une base suffisante de ressources énergétiques qui sont accessibles économiquement, écologiquement et techniquement (possibilité d'extraction et de consommation des ressources selon le niveau de développement des technologies et des limites écologiques). La stratégie énergétique de 2003 prévoyait la même liste d'éléments à l'exception de la nécessité de sécuriser la demande externe en ressources énergétiques. Ainsi, la stratégie de 2003 était orientée vers l'export.

Dans l'UE il y a eu une discussion autour de la notion de sécurité énergétique pendant une dizaine d'années. Le concept de la sécurité d'approvisionnement énergétique recouvre de multiples facettes, depuis la simple livraison d'une énergie de qualité jusqu'à la défense d'intérêts stratégiques majeurs, de court ou long terme.

La doctrine définit généralement cette notion comme étant la garantie durable d'une fourniture sûre et adéquate à un prix raisonnable sur le court comme sur le long terme (Doumbé-Billé, 2011:104).

De facto, dans la pratique juridique européenne on utilise deux notions qui ont la même signification : la sécurité énergétique et la sécurité de l'approvisionnement énergétique. La première est appliquée par plusieurs organisations et certains experts, la deuxième figure dans le texte du Traité de Lisbonne (art. 194) et dans d'autres instruments juridiques et politiques. Cependant, les traités constitutifs ne contiennent pas de définition de la sécurité de l'approvisionnement énergétique. Dans le livre vert "[v]ers la stratégie européenne de la sécurité de l'approvisionnement" de 2000, on trouve une indication sur les buts de cette politique: l'accessibilité aux produits énergétiques sur le marché selon des prix raisonnables pour les consommateurs (privés et industriels), en respectant les intérêts de l'écologie et le but du développement durable⁷. Ainsi, on peut identifier deux éléments: technique (l'accessibilité aux ressources) et commercial (l'approvisionnement en ressources énergétiques à des prix raisonnables)⁸. Par conséquent, l'approche des législateurs russe et européen est en quelque sorte la même. L'accessibilité physique et économique et le respect des intérêts écologiques sont les principaux critères. La seule différence réside dans les conditions suivantes: l'UE est le pays importateur et la Russie est l'exportateur des ressources naturelles.

Quant à la définition au niveau international, il faut remarquer que la notion de "sécurité énergétique" est elle-même apparue grâce au dialogue entre la Russie et l'UE.

Très souvent, dans un contexte international, la sécurité énergétique est comprise comme dans l'UE comme étant la sécurité de l'approvisionnement en énergie. Cette conception est un instrument de pression politique des pays développés sans ressources propres sur les pays exportateurs, plutôt qu'un principe d'interaction entre les parties (Red'kin, 2009). C'est une conception unilatérale de sécurisation des intérêts des pays européens.

La Russie dans le document intitulé "Approche conceptuelle d'un nouveau fondement juridique de la coopération internationale dans la sphère énergétique" propose une vision plus équilibrée de la notion de sécurité énergétique, respectant les intérêts de toutes les parties, consommateurs et producteurs.

⁷ Green Paper Towards a European strategy for the security of energy supply, COM/2000/0769 final, November 2000 // Office for Official Publications of the European Communities. 2001. P. 9.

⁸ Cependant, selon l'article 2 de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures on ne trouve qu'un élément technique (la sécurité d'approvisionnement en électricité — la capacité d'un système électrique à fournir aux clients finals de l'énergie électrique). En effet, il est difficile de fixer des paramètres économiques pour tous les Etats membres.

Ce texte comporte une définition de la sécurité énergétique mondiale. On la cite ici, même s'il faut reconnaître que cette définition n'est pas très bien rédigée. C'est le degré atteint par le système énergétique qui garantit un approvisionnement sûr et régulier de matériaux et de produits énergétiques des Etats-consommateurs, en des termes satisfaisants pour tous les participants au marché et avec un préjudice minimal pour l'écologie dans le but du développement durable de toute la communauté mondiale. En vue de l'Accord projeté et en respectant les particularités des législations nationales, il est possible de modifier cette définition de la sécurité énergétique comme suit: "ce sont les conditions du système énergétique dans lesquelles, avec un préjudice écologique minimal et dans le but du développement durable des parties de l'accord, l'Etat atteint un approvisionnement des consommateurs sûr et régulier de matériaux et de produits énergétiques dans des termes satisfaisants pour tous les participants au marché".

Le principe de la sécurité énergétique se manifeste par la reconnaissance de la sécurité de l'approvisionnement et de la demande qui constituent les aspects les plus importants de la sécurité énergétique. Cette règle permettra de garantir le transport et la part du gaz russe sur le marché européen. D'autre part, l'intégrité de la sécurité énergétique durable, conduit à la reconnaissance de l'interdépendance de tous les participants aux échanges d'énergie et à la responsabilisation, non seulement des fournisseurs, mais aussi des consommateurs. Le principe de la sécurité énergétique concerne aussi les infrastructures énergétiques. Il garantit sa sécurité physique et la promotion des projets d'infrastructures. Quant à la réglementation de la coopération, le principe signifie l'établissement de mécanismes d'avertissements préalables avec la participation des fournisseurs et des consommateurs, des consultations obligatoires et une coordination des politiques énergétiques en matière de gaz. Cette dernière est importante surtout dans le domaine de l'élaboration de la future structure de balance énergétique, de la diversification des sources d'approvisionnement en énergie, des règles relatives à la production, au commerce, au transit et à la consommation de gaz.

III. PRECISIONS RELATIVES AU DROIT DES INVESTISSEMENTS

L'ensemble des règles relatives aux investissements aura pour but de garantir le niveau le plus élevé possible de la protection juridique des investissements étrangers. L'Accord projeté comprendra certainement des définitions (de l'investisseur et de l'investissement), des procédures relatives à l'admission des investissements étrangers et des textes relatifs à la garantie des investissements.

Les stipulations relatives aux investissements du TCE et du TBI modèle russe⁹ serviront de sources d'inspiration. On peut utiliser comme référence la plateforme minimale sur investissements de l'UE (Minimum Platform on Investment, MPOI), adoptée le 27 novembre 2006 par le Conseil de l'UE. Le but de cette plateforme était d'ailleurs de servir de proposition standard lors des négociations portant sur les traités relatifs aux investissements. Cependant, ce texte ne contient pas de règles sur l'expropriation et le règlement des différends. Ainsi, il a une signification symbolique que pratique (Shan & Zhang, 2011).

Pour comprendre les intentions de l'UE lors de l'élaboration de l'éventuel Traité avec la Russie, on peut se référer aux négociation dans le cadre du TAFTA (Transatlantic free Trade Agreement)¹⁰ et à la Directive pour la négociation du Partenariat transatlantique sur le Commerce de l'Investissement entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique¹¹.

De plus, comme source d'inspiration, il est aussi possible d'utiliser les normes de l'ALENA, les divers TBI, le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements de 2004¹², le modèle canadien de 2004¹³, l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de l'OECD¹⁴ et la jurisprudence sur-tout celle du CIRDI.

3.1. Les concepts-clé

La définition de l'investissement

Avant tout, il faut déterminer si on a besoin d'une définition large ou étroite de l'investissement. Dans les conditions d'une confiance entre les parties, d'un réel besoin d'investissements et des ressources énergétiques, il faut pour une appréciation large de la notion d'investissements. A partir de consent politique sur cette question on peut procéder à l'élaboration de la définition.

⁹ Типовое соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 № 456 с изменениями, внесенными Постановлением Правительства РФ от 17 декабря 2010 г. №1037 // Собрание законодательства РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.

¹⁰ Les textes de négociation de l'UE dans le cadre du TTIP (TAFTA). Accessible à: http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248#market-access_ (Consulté le 11 mai 2017).

¹¹ Directives de négociation concernant le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique du 17 Juin 2013. Accessible à: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-REV-1-DCL-1/fr/pdf_ (Consulté le 11 mai 2017).

¹² Model BIT Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 2004 Available from: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (Accessed 12th January 2016).

¹³ Model Agreement between Canada and ...for the Promotion and Protection of Investments 2004. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (Accessed 12th January 2016).

¹⁴ L'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OECD. Accessible à: <http://www.flora.org/flora/archive/mai-info/9710-ami.htm>. (Consulté le 11 mai 2017).

Premièrement, il faut définir l'investissement, est-ce une chose (un bien, une valeur) ou une activité (Rubins, 2004:284). Si on qualifie l'investissement d'activité, elle doit avoir un caractère entrepreneurial, présupposant l'objectif de l'obtention d'un gain, la prise de risque, avoir une certaine durée et contribuer au développement de l'Etat d'accueil (Rubins, 2004:875), par là on restreint la notion. De plus, même si, en théorie, il y a des doutes, les textes juridiques, surtout ceux mentionnés ci-dessus, considèrent les investissements comme des valeurs et des capitaux. Il ne s'agit pas de rompre avec cette tradition, alors qu'elle répond aux besoins de formaliser une approche vaste. Ainsi, il est préférable de ne pas lier l'emploi du terme "investissement" à des considérations de montant, de délai et de but des capitaux.

Il faut donc déterminer la liste des choses, des objets qui peuvent être qualifiés d'investissements et recevoir la protection.

Ainsi, par investissements, il y aura lieu d'entendre les investissements directs et de portefeuille, privés et publics. On peut reprendre la liste des valeurs mentionnées dans le TCE (art. 1) qui est perçu par la jurisprudence et par la communauté juridique (Walde & Hober, 2006:309) comme large dans la mesure où elle inclut tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur, notamment: les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété, une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société, les rendements, etc.

Il serait judicieux d'inclure dans cette liste les contrats à long terme sur l'approvisionnement en gaz. Mais, la question de savoir si un contrat de vente peut être un investissement protégé ?

Cette question a déjà été examinée par les tribunaux arbitraux. Dans l'affaire *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c/ Ukraine*¹⁵, un investisseur américain, exportateur de viande de volailles, a engagé un arbitrage CIRDI en application du TBI États-Unis-Ukraine de 1994. Il a reproché à l'Ukraine le non-paiement du prix convenu en vertu d'un contrat de vente de volailles conclu avec les autorités de ce pays. L'Ukraine a soutenu que le contrat de l'espèce était un contrat commercial et qu'il ne constituait pas un investissement protégé, ni au sens du TBI, ni au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. L'exportateur américain a répondu que le contrat litigieux ne se réduisait pas à un contrat de vente classique. En effet, il avait été sollicité par les responsables politiques ukrainiens, au plus haut niveau, pour des raisons de politique de développement social et économique. En outre, il avait obtenu des garanties d'exécution assumées par l'État. Enfin, il avait mobilisé des ressources importantes pour l'approvisionnement, l'expédition et la livraison des biens.

¹⁵ ICSID Case n° ARB/09/11 *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. and Ukraine* of 1 December 2010. Available from: <http://www.italaw.com/documents/GlobalTradingResourceCorpandGlobexInternationalIncvUkraine.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

Cependant le tribunal arbitral, s'est prononcé en faveur de la conception objective en matière d'investissement. En premier lieu, le tribunal arbitral s'est référé à la sentence Joy Mining¹⁶, dans laquelle un autre tribunal CIRDI a affirmé qu'un contrat de vente, même complexe, ne pouvait pas être qualifié d'investissement. En second lieu, il s'est référé à la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire Historical Salvors c/ Malaysia¹⁷, dans laquelle ce comité a décidé qu'il ressortait des travaux préparatoires relatifs à la Convention de Washington que les simples contrats d'achat-vente ne constituent pas des investissements. Cependant, on note au passage que le tribunal ne cite pas les extraits pertinents ou les références des travaux préparatoires. D'ailleurs, la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire Historical Salvors n'indiquait pas les raisons qui avaient conduit ses membres à admettre que les travaux préparatoires excluaient la vente de la définition de l'investissement.

Ainsi, le tribunal a conclu que le contrat de l'espèce ne constituait pas un investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington et a considéré que la demande était manifestement dénuée de fondement juridique.

L'exclusion des contrats de vente de la catégorie des investissements au sens de l'article 25 est la conclusion à laquelle est parvenue la sentence Alpha Projekt holding GmbH c/ Ukraine. De même, dans l'affaire Asia Express c/ Greater Colombo Commission¹⁸, le CIRDI a refusé d'enregistrer une requête d'arbitrage relative à un contrat de vente.

Toutefois, il a été souligné que les rédacteurs de la Convention CIRDI avaient envisagé que des opérations de vente pouvaient constituer des investissements. En 1964, le célèbre juriste américain Charles M. Spofford affirmait, "le terme investissement peut inclure des contrats". De même, dans la sentence Pantechniki c/ Albanie¹⁹, le juge J. Paulsson a reconnu que certaines transactions instantanées et simples, comme un pur contrat de vente, ne devaient pas être considérées comme des investissements au sens de la Convention de Washington, cependant, la vente de plusieurs tracteurs, avec un paiement étalé pour permettre aux agriculteurs de générer des bénéfices et rembourser le prix, pouvait constituer un investissement. En outre, lorsque le tracteur a été conçu spécialement pour un État et préparé à titre d'expérimentation, on peut difficilement nier le caractère d'investissement. Enfin, selon la jurisprudence arbitrale, les litiges relatifs à de simples "contrats de prestation de services"

¹⁶ ICSID Case n° ARB/03/11 Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt. Available from: <http://www.italaw.com/cases/590#sthash.bCdjCWfQ.dpuf>. (Accessed 12th May 2016).

¹⁷ ICSID Case n° ARB/05/10 Malaysian Historical Salvors SDN BHD and the Gouvernement of Malaysia of 16 April 2009. Available from: http://www.italaw.com/documents/MalaysianHistoricalAnnulment_000.pdf. (Accessed 12th May 2016).

¹⁸ Asian Express Int.l PTE Limited v. Greater Colombo Economic Commission case 6 of Novemer 1984.

¹⁹ ICSID Case n° ARB/07/21 Pantechniki S.A. contractors & engineers (Greece) and the Republic of Albania of 30 July 2009. Available from: <http://www.italaw.com/documents/PantechnikiAward.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

remplissent les critères objectifs de l'investissement au sens de la Convention de Washington.

Donc, des contrats à long terme peuvent théoriquement être reconnus en tant qu'investissement et recevoir une protection additionnelle. On juge aussi important de reprendre la formulation du TCE selon laquelle la modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement.

La définition de l'investisseur

On peut présumer que les artisans du futur Accord chercheront à élargir la notion d'investisseur, mais en même temps à garantir que les ressortissants d'Etats-tiers ne puissent pas utiliser les avantages octroyés par le traité.

L'élargissement sera fait par l'indication dans la définition de l'investisseur que cette notion comprend des personnes physiques et des entités juridiques. Il faut rendre compte que la notion d'entité juridique peut être comprise différemment. Dans le texte de l'Accord projeté il est à préciser s'il inclut les entités juridiques qui ne sont pas titulaires de la personnalité morale et celles dont les activités sont à buts non lucratifs. C'est pourquoi il est préférable d'utiliser la notion de "groupement" et d'emprunter la définition de l'Accord type canadien sur les investissements de 2004²⁰ qui prévoit: "toute entité constituée ou organisée sous le régime de la législation applicable, dans un but lucratif ou non, et détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou par l'Etat, y compris les sociétés de capitaux, les sociétés de fiducie, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les coentreprises et autres groupements de même nature, et les succursales de cette entité" (art. 1).

Pour prévenir les situations où des personnes physiques de pays-tiers profitent des garanties des investissements prévus par l'Accord projeté, on peut prescrire que celles-ci doivent avoir, non seulement la citoyenneté du pays signataire, mais aussi un domicile régulier sur son territoire, conformément à la législation applicable. Mais il faut indiquer que la double nationalité ou l'absence de la citoyenneté, en cas de résidence permanente dans le pays signataire ne constitue pas une entrave à la jouissance des droits du traité.

Dans le même but, au regard des personnes juridiques, on peut reprendre la formulation du Traité sur la Charte européenne de l'énergie sur le "denial of benefits". Cette clause prévoit le droit du pays d'accueil de "refuser les avantages" à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée. On peut aussi refuser des avantages à un investissement si la partie contractante n'entretient

²⁰ Model Agreement between Canada and...for the Promotion and Protection of Investments 2004. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

pas de relations diplomatiques avec l'Etat tiers, ou adopte ou maintient des mesures qui interdisent les transactions avec les investisseurs de cet Etat (art. 17 du TCE).

Pour plus de clarté, on peut aussi prévoir que les investisseurs ne soient pas admis à invoquer les droits conventionnellement protégés à l'encontre de leur propre gouvernement.

3.2. L'accueil des investissements étrangers

L'intensité de l'accueil

Pour chaque opération d'investissement on distingue essentiellement deux phases successives: la phase de l'admission (des pré-investissements), lorsque l'investisseur sollicite l'entrée sur le territoire de l'Etat hôte et la phase de l'investissement proprement dit, qui suit l'admission sur le territoire de l'Etat concerné.

Les garanties des investissements, traditionnellement, ne couvrent pas l'accès au marché. La mise à l'écart de la phase de l'admission s'explique par le fait que le droit international coutumier reconnaît à l'Etat un droit absolu et souverain pour contrôler l'admission et l'entrée des investissements étrangers sur son territoire. La plupart des instruments internationaux ne contiennent pas de dispositions spéciales sur l'admission des investissements (Shan, 2012:27). Quelques textes disposent expressément que les normes de traitement convenues, telles que le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, ne sont pas applicables à l'admission des investissements (Laviee, 1985:44).

Les TBI européens reconnaissent majoritairement cette liberté étatique. Ils contiennent une clause qualifiée de "clause d'admission" selon laquelle il appartient à chaque Etat d'admettre, conformément à son droit national, les investissements des ressortissants étrangers (Azoulai, Hamida, 2009:81).

Cependant, dans les TBI conclus par la France et l'Allemagne on se réfère à la promotion ou à l'encouragement des investissements entre les parties. Dans un certain nombre de textes, la promotion a lieu "dans la mesure du possible", ce qui apparaît plutôt comme une recommandation que comme une obligation juridique. La plupart des dispositions relatives à l'admission montrent que la promotion doit être l'affaire de l'Etat d'accueil, mais quelques formules dans le sens opposé peuvent également être rencontrées. Les Conventions récentes emploient une formulation "réciproque"²¹, aussi bien pour la promotion que pour la protection des investissements (Laviee, 1985:73).

Lorsque l'obligation d'obtenir l'autorisation n'est pas prévue dans le TBI mais est énoncée dans le droit interne de l'Etat accueil, les arbitres considèrent que le non-respect de cette obligation ne peut écarter l'investisseur étranger des garanties con-

²¹ C'est à dire que l'Etat peut limiter l'accès des investissements étrangers s'il existe des restrictions semblables dans le pays-hôte.

ventionnelles (affaire *Middle East Cement c. Egypte* du 12 avril 2002). Mais sur la base des règles internes, le pays d'accueil peut infliger des sanctions (pécuniaires ou pénales) aux opérateurs qui ne se soumettent pas à cette obligation procédurale.

Cependant lorsque, dans un accord bilatéral, la règle prévoyant que les opérations d'investissements doivent s'effectuer "conformément au droit et à la législation" de l'Etat d'accueil est insérée, cette formulation permet d'exclure les investissements non autorisés du champ d'application de l'accord (*Frapport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, sentence du 16 août 2007) (Bonomo, 2012:205)

Selon le § 1 de l'article 10 du TCE, chaque partie contractante encourage et crée les conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Pour respecter cette obligation, chaque Etat s'efforce de limiter au maximum les exceptions à la règle du libre accès des investissements, c'est-à-dire, de ne pas insérer de nouvelles exceptions, règle *stand still* (a § 5 art. 10), et de supprimer progressivement les restrictions existantes, règle *roll-back* (b § 5 art. 10). Les parties contractantes s'efforcent aussi d'accorder aux investisseurs le traitement de la nation la plus favorisée ou nationale, celui qui leur est le plus favorable (§ 2 art. 10).

Le préambule du TCE affirme que les principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée seront appliqués à la réalisation des investissements conformément à un traité complémentaire. C'est pourquoi, dans le texte, on utilise la formule "s'efforcer". Les négociations sur l'élaboration du texte de l'accord ont commencé en 1996, mais ont été suspendues en 2002.

Selon le § 4 de l'article 18, les parties s'engagent à faciliter l'accès aux ressources énergétiques, notamment en octroyant d'une manière non discriminatoire, sur la base de critères publiés, des autorisations, des licences, des concessions et des contrats de prospection et d'exploration en vue de l'exploitation ou de l'extraction des ressources énergétiques (Elshihabi, 2001:137–158). Pourtant, la plupart des pays ont introduit de nouvelles restrictions à l'accès des investisseurs étrangers sur leurs territoires : la Russie en 2008, l'UE en 2009.

Cependant, les TBI conclus par les Etats-Unis ne sont pas soumis à la phase d'admission des investissements du droit interne mais à des standards de droit international, plus spécialement le standard du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Dans ces traités, l'Etat s'oblige à traiter l'admission des investissements étrangers comme l'admission des investissements de ses propres nationaux. Il en découle que tout traitement discriminatoire ou différent, en ce qui concerne les conditions d'admission ou les procédures d'admission entre nationaux et étrangers ou entre étrangers, est incompatible avec les traités. Le Canada et le Japon ont adopté une approche semblable. Malgré cette approche libérale des TBI à cause de la participation de ces pays, des exceptions sont prévues pour certains secteurs, notamment ceux de l'énergie, de la communication ou de certaines industries sensibles (Azoulai & Hamida, 2009:82).

La procédure d'accès des investissements étrangers

Pour que l'accord envisagé atteigne ses objectifs, il est proposé d'établir un régime de traitement national d'accès aux investissements qui seraient accordés par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. Cela conduirait à écarter tout contrôle à l'accès des investissements étrangers au niveau national, parce qu'il s'effectuerait à un niveau plus élevé.

Il est également suggéré, non seulement l'appliquer le principe du régime national, mais aussi toutes les garanties du droit des investissements au stade des pré-investissements, principalement le règlement des différends par d'arbitrage.

La procédure d'admission des investissements inclurait deux étapes. Tout d'abord, des quotas pour la production, la fourniture et la commercialisation du gaz seraient fixés au niveau UE — Russie. Ensuite, la distribution se ferait au niveau local entre les compagnies russes et européennes.

3.2.1. La procédure de fixation des quotas pour les marchés de fourniture, de commercialisation et de production du gaz

A l'origine, les gouvernements des Etats de l'Europe de l'Ouest s'étaient attendus à obtenir le droit d'accéder unilatéralement aux marchés de leurs partenaires de l'Est. Ces derniers ont insisté sur la réciprocité en matière d'accès aux capitaux étrangers et aux technologies (Gudkov, Lakhno, 2011). Mais cette question n'a jamais été réglementée et, jusqu'à maintenant, dans les pays de l'UE il existe un contrôle strict des investissements étrangers dans le domaine de l'énergie, même quand ceux-ci proviennent d'autres pays que de l'UE²². Ainsi, les parties de l'Accord projeté ont besoin de recevoir des garanties d'accès sur les marchés de la part des compagnies européennes pour ce qui est de la production de gaz en Russie, de Gazprom et d'autres entreprises russes pour entrer sur les marchés de fourniture et de commercialisation du gaz dans l'UE (Belyi & Klaus, 2007:216).

Dans ce secteur sensible, la garantie essentielle de la sécurisation des intérêts des parties est constituée par le principe de réciprocité.

L'octroi des droits d'accès doit être le résultat de négociations entre les parties au niveau du Conseil consultatif Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. La réciprocité sera garantie par l'égalité entre les quotas de production de gaz accordés aux sociétés européennes en Russie et les quotas de gaz vendu sur le marché de l'UE par des compagnies russes²³. Ils doivent être égaux, non par leurs volumes mais par

²² Récemment l'Espagne a refusé à des investisseurs allemands de prendre sous leur contrôle la compagnie énergétique espagnole.

²³ Ce n'est pas la première fois qu'on impose des quotas dans les relations entre la Russie et l'UE: l'Accord sur l'acier entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Russie de 1998 a fixé des quotas d'importation dans l'UE pour une liste restreinte de produits sidérurgiques.

leurs valeurs, puisqu'il existe des gisements moins accessibles, moins riches et des marchés moins profitables.

On peut même prévoir un mécanisme de révision de ces quotas en cas de changement de régime des impôts. De même, en cas d'extension d'un investissement initial pour garantir la protection du futur Accord, ce changement devra être approuvé au niveau UE — Russie.

Les quotas peuvent couvrir, non seulement de futurs investissements, mais aussi des investissements existants, soit au niveau de la production de gaz en Russie par des compagnies européennes, soit au niveau de la fourniture et de la commercialisation du gaz dans l'UE par des compagnies russes.

Les échanges d'actifs entre des compagnies russes et européennes peuvent naturellement faire partie des quotas et, ainsi, recevoir la protection additionnelle. L'accord entre des compagnies peut être atteint plus facilement, parce que les participants au marché sont plus compétents dans l'évaluation des actifs gaziers. De plus, dans ce dernier cas, on n'aurait pas besoin de la redistribution des quotas au niveau local (UE, Russie). Cette voie de la négociation des quotas doit devenir **le principal** puisqu'il correspond davantage aux valeurs du marché.

Bien sûr le système des quotas est un élément d'un marché contrôlé, ce qui paraît archaïque. De plus, cette approche peut devenir une entrave pour le développement des relations entre la Russie et l'UE dans le futur. Cependant, un regard désintéressé sur l'état des relations actuelles entre les parties démontre que ce type de réglementation est approprié. Il n'est pas possible de passer directement à l'établissement du marché unique de gaz. On a besoin des formes archaïques pour bien équilibrer les intérêts des parties et réinstaurer la confiance entre la Russie et l'UE. Le modèle proposé n'est pas un but ultime mais un instrument temporel qui peut servir de fondement solide à la création d'un marché entre des parties à l'avenir.

3.2.2. La procédure de distribution des quotas dans l'ordre interne

Après avoir fixé les quotas au niveau Russie — UE, il faudrait les distribuer localement, c'est-à-dire entre les compagnies européennes et russes.

Le cas de la Russie sera facile. Le gouvernement russe, lors de la distribution des quotas de participation sur le marché de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE devrait prendre en compte les possibilités des entreprises russes de concurrencer les entreprises européennes sur les marchés européens. Actuellement, Gazprom est presque la seule entreprise capable de le faire. Cependant, Fluxys (compagnie belge opérant des terminaux LNG) et Yamaltrade (filiale de Novatek, compagnie gazière russe) ont conclu il y a un an un accord sur le stockage du gaz au Zebbrugge. Ainsi, cette entreprise russe a désormais la possibilité de vendre du gaz dans le hub²⁴.

²⁴ Дудина Г. Необходимо рассматривать возможности сотрудничества с РФ. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2705442>. Дата обращения: 24.06.2015.

Lors de la distribution des quotas pour la production du gaz en Russie entre des compagnies de l'UE, la Commission prendrait en compte les intérêts des compagnies des divers pays sur les marchés où des compagnies russes cherchent à pénétrer.

Pour garantir la transparence et éviter les interférences politiques, il sera préférable de recourir à des échanges d'actifs entre les compagnies, ce qui permettrait d'éviter les procédures de distribution de quotas au niveau local, puisque cette distribution serait faite automatiquement en vertu de l'accord entre les entreprises. A ce niveau (niveau des compagnies), il est plus facile de se mettre d'accord. Les parties connaissant mieux la valeur des actifs, elles auraient plus confiance les unes en les autres.

De plus, cette dernière voie correspond bien à la pratique actuelle des entreprises. Rappelons à ce sujet que, déjà en 2006, Gazprom et BASF sont parvenus à un accord d'échange d'actifs. Les Allemands ont rétrocédé aux Russes 15 % des actions de la société commune Wingas, permettant à Gazprom d'obtenir la moitié des parts moins une action. BASF, par contre, a reçu en contrepartie approximativement 35 % des actions Achmigaz, société de production de gaz dans le champ Yuzhno Russkoyé. En 2012 le contrat a été élargi.

Cela ne signifie pas que les compagnies ne pourraient pas accéder aux marchés autrement que selon des quotas. Mais dans ce dernier cas, leurs investissements ne seraient pas couverts par l'accord et ne profiteraient pas des garanties accordées par ce traité. Cela pourrait soulever une question de discrimination envers les investisseurs étrangers non participants aux quotas. Cependant puisque toutes ces mesures seraient entreprises dans le but de la création d'un marché unique, il n'y aura pas de discrimination. Les organisations économiques régionales ont toujours un statut spécial et les entreprises des pays tiers ne peuvent pas prétendre aux garanties accordées aux entreprises des pays membres.

3.3. Les garanties des investissements étrangers, leurs mécanismes d'application et les dérogations justifiant leur non-application

L'accord contiendrait indubitablement une liste des garanties accordées aux investissements étrangers (A), les détails de leurs mécanismes d'application (B) et la liste des dérogations justifiant leur non-application (C).

3.3.1. Les garanties accordées aux investissements étrangers

La liste des garanties accordées aux investissements étrangers sera celle qu'on trouve habituellement dans les instruments internationaux : le droit à un traitement juste et équitable, le standard de la pleine et entière protection et sécurité, la clause de respect des engagements, le traitement national et l'interdiction des restrictions contre le rapatriement de l'investissement et des revenus. La principale spécificité serait l'absence de la clause de la nation la plus favorisée, ce qui s'explique par la volonté des parties de créer entre eux un marché intérieur du gaz. De plus, ces garanties s'appliqueraient au stade des pré-investissements, comme annoncé ci-dessus.

3.2.2. Les mécanismes d'application des garanties des investissements étrangers

Les mécanismes sécurisant le respect des garanties annoncées seront eux aussi ceux qu'on trouve traditionnellement dans les instruments internationaux : le règlement efficace des différends (1) et des règles limitant le droit de déposséder des investissements (2).

Le règlement efficace des différends

Même si l'industrie gazière est un domaine de dialogue, de coopération et de négociations, souvent très difficiles (Chevalier, 2004:252), le règlement efficace des différends est le mécanisme principal de la sécurisation des investissements.

Pour le règlement des différends on peut recourir à des négociations, à la médiation et aux consultations. Cependant, le mécanisme le plus efficace est le recours à l'arbitrage. Ce dernier est un mode de résolution des litiges, par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent et qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger (Ortscheidt & Seraglini, 2013:14).

Les règles limitant le droit de la déposséder des investissements

L'importance de la réglementation du droit de l'Etat de nationaliser les investissements étrangers est surtout actuelle en Russie, où ces cas ne sont pas rares.

La possibilité pour des Etats de nationaliser des investissements étrangers doit répondre aux conditions suivantes: une exigence d'utilité publique, une procédure légale, le droit à une indemnisation, qui doit être prompte, adéquate et effective, sur la base "du prix du marché juste" et la prohibition de toute discrimination.

Puisque les détails de ces conditions, et même la définition de l'expropriation, sont déjà prévus dans le texte du TCE et qu'ils sont favorables aux investisseurs, il serait pratique de les emprunter au TCE.

3.3.3. Les dérogations justifiant la non-application des garanties accordées aux investisseurs étrangers

Il est primordial que la liste des dérogations justifiant la non-application des garanties accordées aux investisseurs étrangers soit limitative. Il est proposé d'y inclure les dérogations traditionnelles telles que la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes, la sécurité internationale et nationale de nature militaire et la protection de l'ordre public. Compte tenu du principe de sécurité énergétique, cette liste doit comprendre les mesures indispensables à l'acquisition ou à la distribution de matières et de produits énergétiques dans les situations de pénurie dues à des causes échappant au contrôle de l'Etat en cause, pour autant que ces mesures soient compatibles avec les principes selon lesquels toutes les autres parties contractantes auraient droit à une part équitable de l'approvisionnement international

portant sur ces matières et sur les produits énergétiques (la formulation du § 2 art. 24 TCE).

Dans tous les cas, il faut respecter la condition qu'aucune mesure ne devrait constituer une restriction déguisée aux activités économiques du secteur de l'énergie, ou une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties contractantes, ou entre les investisseurs ou d'autres personnes intéressées. Ainsi, ces mesures devraient être dûment motivées et strictement nécessaires à l'objectif déclaré.

IV. REGLES RELATIVES A LA CONCURRENCE

L'un des principes du traité est celui du développement de la concurrence, qui constitue un véritable attribut du marché.

La concurrence représente la compétition de la part de deux, ou plus, des parties, aspirant indépendamment à l'établissement de relations d'affaires avec la partie tierce, en lui proposant des conditions plus favorables²⁵.

L'effet positif de la concurrence consiste en l'incitation au développement de l'industrie, des services, de la protection des consommateurs, du développement des technologies et de la distribution effective des ressources. Mais dans le domaine de l'énergie, il faut tenir compte du fait que le gaz est un produit spécifique : épuisable, stratégique, important pour la sécurité énergétique, sur lequel règne la souveraineté de l'Etat. Ainsi, il est nécessaire d'adapter le droit de la concurrence à ce secteur.

Dans les relations entre la Russie, l'UE et les pays membres de cette dernière, le principe de libre concurrence doit être la clé de voûte du développement des relations énergétiques. Assurer un respect rigoureux de la concurrence permettra d'ouvrir les marchés et de garantir une meilleure interdépendance entre les parties. En outre, cela minimisera le risque de monopolisation du marché en aval.

4.1. Le contenu des règles relatives à la concurrence

En élaborant des normes, il faut se rendre compte qu'au niveau international (Mainguy, Respaud & Depincé, 2010:11), actuellement, surtout dans le domaine de l'énergie, on ne fixe pas des règles sur la concurrence²⁶. Les règles de l'accord éven-

²⁵ Dans l'ordre national, la concurrence est garantie par le droit de la concurrence ou droit anti monopole, droit antitrust (l'utilisation du terme dépend de la tradition nationale) qui est un droit récent. A part la tradition américaine, qui remonte à la fin du XIX siècle, les politiques en matière de concurrence datent, dans les pays européens, des années 1950 et furent diffusées par l'essor de l'idée européenne. Pourtant, on cite parfois la Constitution grecque de Zénon ou la *Lex Julia*, décidée par Jules César, par exemple en 50 av. J.-C. qui protégeait le commerce des grains contre les hausses artificielles de prix (Armentano, 2008:38).

²⁶ Toutefois, le texte du TFUE lui-même présente un bon exemple de réglementation des problèmes de concurrence au niveau international; de plus, le titre IV "L'acquis de la concurrence" du Traité sur "la Communauté de l'énergie" touchait ces questions, tout comme le TCE. L'Union européenne concluait des accords bilatéraux de coopération afin de structurer et faciliter la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence étrangères: avec les États-Unis (1991), le Canada (1999), le Japon (2003), la Corée

tuel porteront sur deux questions : la coopération entre les parties et le droit des entreprises de s'adresser à l'arbitrage en cas de violation du droit de la concurrence. Ainsi, la tâche n'est pas de perfectionner les normes nationales sur les ententes, l'abus de position dominante, l'aide d'Etat, cette sphère sera toujours réglementée par la législation nationale.

Lors de l'élaboration des règles relatives à la coopération, en tant que base des négociations, on peut utiliser certaines des dispositions de l'article 6 du TCE sur la concurrence. Selon ce texte chaque partie contractante œuvre en vue de lutter contre les distorsions du marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur gazier, s'assure que, dans les limites de sa juridiction, elle applique les dispositions législatives nécessaires et appropriées pour faire face à tout comportement anticoncurrentiel unilatéral et concerté dans les activités économiques du secteur gazier.

Les parties contractantes peuvent coopérer pour l'application de leurs règles de concurrence en procédant à des consultations et des échanges d'informations. Lorsqu'une partie contractante estime qu'un comportement anticoncurrentiel déterminé, observé dans la zone d'une autre partie contractante, a un effet négatif sur la concurrence, elle peut le notifier à l'autre partie contractante et demander que ses autorités compétentes en matière de concurrence entament une action coercitive appropriée. La partie contractante qui a reçu la notification doit informer l'autre partie de sa décision, ou de la décision de ses autorités compétentes en matière de concurrence, et lui fait connaître, si elle le souhaite, les motifs de la décision.

Un autre groupe de règles sur la concurrence sera consacré à l'établissement du droit des participants au marché de s'adresser à l'arbitrage international en cas de violation du droit de la concurrence sur le marché. Ainsi, dans le traité, il faut prévoir la possibilité pour les arbitres d'appliquer des lois de police²⁷.

Pour comprendre cette initiative, il faut tenir compte du fait qu'actuellement, par exemple, si une compagnie française veut investir dans la production de gaz en Russie, elle sera protégée par le droit de la concurrence russe. Cependant, la protection issue du droit anti monopole ne sera pas garantie par les tribunaux arbitraux. Cela est surtout important en cas de la décision de l'organe anti monopole négative par rapport la compagnie.

Le droit des participants au marché de s'adresser à l'arbitrage international en cas de violation du droit de la concurrence sur le marché permettra de diminuer le nombre de décisions prises pour des motifs politiques. On peut l'illustrer par cet ex-

du Sud (2009) et la Suisse (2013). Il est probable que le futur texte de TAFTA contiendra un chapitre sur la concurrence.

²⁷ La possibilité de s'adresser à l'arbitrage en cas de violation des règles de la concurrence est une question d'actualité de la jurisprudence. De plus, ces dernières années, la question de l'arbitrabilité des litiges a connu une profonde évolution. Pour connaître plus, voir: Kessedjian, 2009; Seraglini, 2001; Slim, 2011:21-27; Caprasse, 2012.

emple récent. La Commission n'a pas approuvé le contrat entre la Hongrie et la Russie sur la construction de la station nucléaire "Paks" pour une valeur de 12 billions d'euros (dont 10 seront prêtés par la Russie). Elle n'a pas admis que le seul fournisseur de la station nucléaire soit Rosatom²⁸. En même temps il existe peut-être aussi un motif politique. Les opposants au contrat insistaient sur le fait que ce projet rendait la Hongrie plus dépendante de la Russie²⁹. La même situation peut se produire dans le secteur gazier.

Toutes ces normes sur la concurrence seront appliquées aux marchés de la production, de la fourniture, de la commercialisation et du transport (puisque c'est un marché clé dans l'industrie gazière) au regard des investissements couverts par des quotas. Leur sens principal sera de garantir l'accès et l'impossibilité d'effectuer un traitement discriminatoire des compagnies russes et européennes sur ces marchés.

L'application du principe du développement de la concurrence diminue la possibilité d'utiliser le recours à la sécurité énergétique en tant que fondement de la déposition ou le refus de l'accès des investissements étrangers.

4.2. Dérogations aux règles du droit anti monopole

L'Accord projeté contiendra deux types de dérogations : celles dérivant du principe de la sécurité énergétique et celles ayant pour but d'attirer des investissements.

Tout d'abord, l'application des règles du droit de la concurrence peut être limitée en vertu du principe de la sécurité énergétique (avoir plus de gaz est plus important que de garantir l'application du droit de la concurrence). Il faut néanmoins scrupuleusement fixer les dérogations pour éviter les abus. Ce pourrait être:

- la non application des règles du droit de la concurrence aux contrats à long terme, puisqu'ils constituent une condition importante de la sécurité énergétique et de l'attraction des investissements dans l'infrastructure de la production et du transport du gaz³⁰ ;

- la non application des règles du droit de la concurrence aux contrats de transport conclus pour servir des contrats d'approvisionnement à long terme, au moins aux contrats déjà existants. Gazprom insiste sur le fait qu'il n'a pas encore récupéré les investissements entrepris dans le passé (Stern, 2005:132). De plus cette dérogation peut permettre d'éviter les situations qu'illustre l'exemple suivant. En 2005, lors de la distribution des droits d'accès au gazoduc trans-autrichien "TAG", 140 compagnies ont reçu un droit d'accès sur une base proportionnelle. Parmi elles, seules cinq étaient propriétaires de gaz, les autres avaient acheté des capacités de transport dans un but

²⁸ Фомичева А., Кузнецова Е.Б. Твердотопливная позиция. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2687084>. Дата обращения: 26.06.2015.

²⁹ Financial Times: ЕС блокировал атомную сделку России и Венгрии на 12 млрд. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2685335>. Дата обращения: 24.06.2015.

³⁰ On peut même introduire le concept "des contrats à long terme essentielles pour la sécurité énergétique".

spéculatif. Ainsi, l'application du principe de l'accès égal, proportionné et régulé risque d'aboutir à une situation où de réels approvisionneurs ne reçoivent qu'une partie des capacités (Feigin & Medvedeva, 2006:38);

– la consécration du principe du respect de la protection des consommateurs vulnérables, du service universel ;

– la consécration de la légalité des tarifs régulés (ou les méthodes de leur définition) non-discriminatoires pour le transport et la fourniture du gaz ;

– la consécration de la légalité de monopoles, de la distribution des droits, des privilèges spéciaux, exclusifs en vertu de la loi et de la participation des entreprises publiques sur le marché gazier. Dans le dernier cas, si une des parties décide d'établir un monopole en vertu de la loi, elle doit recourir aux consultations avec les autres parties. Les définitions de l'entreprise publique, du monopole, des droits, des privilèges spéciaux et exclusifs peuvent être empruntées au texte des travaux préparatoires sur le TAFTA³¹.

Le deuxième type de dérogations aurait pour but d'attirer des investissements. Parmi ces dérogations pourraient figurer : la non application des règles d'*unbundling* (de la séparation des entreprises verticalement intégrées) en Russie, si la législation ne le prévoit pas ; et la non application des règles d'*unbundling*, si une des activités est entreprise en Russie et d'autres dans l'UE (l'interdiction de la clause Gazprom). Par exemple, si une compagnie est productrice en Russie et qu'elle fournit du gaz aux clients dans l'UE, elle ne doit pas être obligée de suivre les règles du *unbundling*.

Ces règles peuvent garantir un climat stable pour les investissements. L'application de ces dérogations en faveur de la sécurité énergétique et des investissements fait qu'un gazoduc comme le South Stream pourrait être construit et, de plus, on pourra éviter les abus possibles de l'accès régulé.

V. CRÉATION DE NOUVEAUX ORGANES

Le dialogue énergétique Russie — UE est apprécié à très haut niveau par des fonctionnaires européens et russes. La coopération de plus de 10 ans l'a montré (Pashkovskaya, 2011:18). Sa poursuite serait judicieuse lors de la formation de nouveaux organes dans le cadre d'un futur accord.

Il serait judicieux de prévoir la création de deux organes : l'un doté du pouvoir de prendre des décisions obligatoires et l'autre, consultatif, ayant pour mission la préparation desdites décisions.

³¹ EU — US TTIP Negotiations: Possible provisions on state enterprises and enterprises granted special or exclusive rights or privileges. Available from: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153030.pdf. (Accessed 12th May 2016).

Le premier, le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz, serait composé des ministres responsables et se réunirait une à deux fois par an³². Son objectif principal serait la fixation et la distribution des quotas. Cet organe surveillerait et faciliterait l'application des principes de l'accord. De plus, il examinerait et adopterait le texte des amendements au traité, nommerait le Secrétaire général et prendrait toutes les décisions nécessaires pour l'établissement et le fonctionnement du Secrétariat, etc.

Les décisions seraient prises à la majorité des deux tiers des votes sous la condition du consentement de l'UE et de la Russie et, en cas de fixation de quotas, des pays concernés par la distribution des quotas.

Le deuxième organe serait le Conseil consultatif Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. Il pourrait prendre la suite de celui créé en 2011, sur la base du «Mémorandum sur un avertissement précoce»³³ de 2009. Ses membres seraient des représentants des ministères concernés, des régulateurs, des entreprises et des experts. Cet organe pourrait également comprendre des groupes de travail.

VI. CONCLUSION

Dans cet article, on a proposé un modèle de relations dans le domaine gazier entre la Russie et l'UE, ayant pour but la création d'un marché unique du gaz. La première étape serait l'établissement d'un marché partiel basé sur l'idée de l'accès garanti des entreprises russes au secteur de la fourniture européenne, dans la limite de certains quotas (volumes fixés). Les entités des pays de l'UE recevraient l'accès à la production de gaz en Russie dans la limite des mêmes volumes (selon le principe de réciprocité). En même temps, les relations basées sur des contrats à long terme seraient conservées pour garantir la sécurité énergétique de l'UE et la stabilité économique de Gazprom.

La réglementation proposée des relations en matière de gaz entre la Russie, l'UE et les pays membres de cette dernière permettrait de résoudre plusieurs problèmes. En matière d'investissements, elle créerait les conditions de leur attractivité dans le secteur de la production du gaz en Russie et de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE. Cela serait possible principalement grâce au mécanisme principal des garanties aux investissements, i.e. la résolution des différends par l'arbitrage, à l'accès non discriminatoires aux ressources, aux marchés et à d'autres garanties. Le secteur du transport attirerait également les investissements qui lui sont indispensables.

³² Des réunions extraordinaires peuvent être tenues sur la demande écrite de toute partie contractante, pour autant que, dans un délai de six semaines suivant la notification de cette demande aux parties contractantes par le Secrétariat, cette demande reçoive l'appui d'au moins un tiers des parties contractantes.

³³ Memorandum on an Early Warning Mechanism in the Energy Sector within the Framework of the EU-Russia Energy Dialogue, 24.02.2011. Available from: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/20110224_memorandum.pdf. (Accessed 12th May 2016).

En matière de concurrence, le recours à l'arbitrage en cas d'abus ou en cas d'infraction aux règles du droit anti monopole par d'autres acteurs du marché, et les règles sur la coopération entre ces acteurs serviraient de base à la création du marché, à la multiplication des producteurs, des commerçants et des fournisseurs. Les dérogations aux règles relatives à la concurrence seraient importantes pour garantir la sécurité énergétique et attirer les investissements.

En matière de sécurité énergétique, les mesures prévues par l'accord permettraient d'augmenter la production du gaz en Russie et les volumes de gaz commercialisés dans l'UE, ce qui devrait avoir comme conséquence une baisse des prix pour les clients finaux.

Bien sûr, on peut douter de la faisabilité des normes projetés et de l'introduction d'amendements dans la législation locale. En particulier, le gouvernement russe est très préoccupé par la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles et le contrôle de l'industrie gazière. En conséquence, il sera difficile pour les fonctionnaires russes d'accepter la possibilité de recourir à l'arbitrage international dans le domaine des investissements étrangers. En même temps, pour l'UE qui démontre l'importance du droit de la concurrence, il sera difficile d'accepter des dérogations par rapport à des contrats à long terme.

Dans tous les cas, les deux parties ont des intérêts réciproques. La Russie cherche à attirer des investissements et à accéder au marché de l'UE, laquelle est préoccupée par la sécurité énergétique, incluant l'accès à la production de gaz en Russie.

Ainsi, la coopération et le compromis sont les seules voies à suivre. L'interaction plus ample et la confiance peuvent être atteintes par l'ouverture mutuelle et graduelle des marchés. Dans le contexte politique actuel, une telle coopération ne semble pas réaliste, mais la tendance fondamentale vers l'établissement d'un marché commun de l'énergie est inévitable, ce qui a été confirmé par la Russie et l'UE plusieurs fois. Il reste donc seulement à patienter et à espérer de meilleures conditions politiques.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Armentano, D. (2008) *Antitrust protiv konkurentsii* [Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure]. Translated from English by Kuryaev, A. Moscow, IRISEN. (in Russian)
Арментано Д., Антитраст против конкуренции / пер. с англ. А. Куряева. М. : ИРИСЭН, 2008. (in Russian)
- Azoulai, L. & Hamida, W. B. (2009) La protection des investissements par le droit primaire — droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches. In: Kessedjian, C. & Leben, Ch. (eds.) *Le droit européen et l'investissement*. Paris, LGDJ, pp. 69–106.
- Belyi, A. V. & Klaus, U. G. (2007) Russia's Gas Exports and Transit Dispute Resolution under the ECT: Missed Opportunities for Gazprom or False Hopes in Europe. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. 25 (3), 205–224. Available from: doi:10.1080/02646811.2007.11433460.

- Bianchi, A. (2013) On Power and Illusion: The concept of Transparency in International Law. In: Bianchi, A. & Peters, A. (eds.) *Transparency in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1–10. Available from: doi:10.1017/CBO9781139108843.002.
- Bonomo, S. (2012) *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des états*. Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Caprasse, O. (2012) L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre. In: Mayer, P. (ed.) *Arbitrage et droit de l'Union Européenne: actes du colloque du 4 novembre 2011*, Paris. Paris, Legis Nexis, pp. 63–85.
- Chevalier, J.-M. (2004) *Les grandes batailles de l'énergie: petit traité d'une économie violente*. Paris, Gallimard.
- Crawford, C. J. (2003) *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: introduction, texte et commentaires*. Paris, Pédone.
- Dasseleer, P.-H. (2009) *Gazprom: l'idéalisme européen à l'épreuve du réalisme russe*. Paris, L'Harmattan.
- Decaux, E. & Reuter, P. (1980) *La réciprocité en droit international*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Dobrynkin, M.Yu. (2008) *Sotrudnichestvo Germanii s Rossiei v gazovoi sfere v usloviyakh formirovaniya edinogo gazovogo rynka Evropy* [Cooperation between Germany and Russia in the Condition of the Establishment of the Single Gas Market in Europe]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Economic Sciences. Lomonosov Moscow State University. (in Russian)
Добрынкин М.Ю. Сотрудничество Германии с Россией в газовой сфере в условиях формирования единого газового рынка Европы: автореф. ... канд. эконом. наук. Москва, 2008.
- Doumbé-Billé S. (ed.) (2011) *Défis énergétiques et droit international*. Bruxelles, Larcier.
- Elshihabi, S. (2001) The Difficulty Behind Securing Sector-Specific Investment Establishes Rights: The Case of the Energy Charter Treaty. *The International Lawyer*. 35 (1), 137–158.
- Feigin, V. I., Medvedeva, E. A. (2006) “D'yavol v detalyakh” evropeiskoi liberalizatsii : vokrug auktsiona po TAG [“The Devil is in the Details” of the European Liberalization : about the TAG Auction]. *Ekonomicheskoe obozrenie* [Economic Review]. (5), 37–40. (in Russian)
Фейгин В.И., Медведева Е.А. «Дьявол в деталях» европейской либерализации: вокруг аукциона по TAG // Экономическое обозрение. 2006. № 5. С. 37–40.
- Griogoriadis, T. N. (2008) State Responsibility and Antitrust in the Energy Charter Treaty : Socialization vs. Liberalization in Bilateral Investment Relations. *Texas International Law Journal*. 44 (1), 45–64.
- Gudkov, I. V., Lakhno, P. G. (2011) Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnykh energeticheskikh otnoshenii: sostoyanie i perspektivy razvitiya [Legal Regulation of International Energy Relations: State and Perspectives of Development]. *Predprinimatel'skoe pravo* [Entrepreneurial Law]. (2), 29–42. (in Russian)
Гудков И.В., Лакно П.Г. Правовое регулирование международных энергетических отношений: состояние и перспективы развития // Предпринимательское право. 2011. № 2. С. 29–42.
- Kessedjian, C. (2009) *L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen? Le droit européen et l'investissement*. Paris, LGDJ.
- Lavie, J.-P. (1985) *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*. Paris, PUF.
- Mainguy, D., Respaud, J.-L. & Depincé, M. (2010) *Droit de la concurrence*. Paris, Litec, impr.

- Maupin, J. A. (2013) Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky. In: Bianchi, A. & Peters, A. (eds.) *Transparency in international law*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 142–171. Available from: doi:10.1017/CBO9781139108843.009.
- Nies, S. & Schülke, Ch. (2011) *Oil and Gas to Europe. An Overview of Existing and Planning Infrastructures*. Paris, IFRI.
- Nouvel, Y. (2006) Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI. In: Leben, Ch.(ed.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Paris, L.G.D.J., Artemis, pp. 25–53.
- Ortscheidt, J. & Seraglini, Ch. (2013) *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris, Montchrestien.
- Pashkovskaya, I. (2011) Energeticheskaya politika Evropeiskogo soyuza v otnoshenii Rossii [Energy Policy of European Union towards Russia]. In: *Analiticheskie doklady. Institut mezhdunarodnykh issledovaniy MGIMO (U) MID Rossii* [Analytical Reports]. Issue 5. Moscow, Institut mezhdunarodnykh issledovaniy MGIMO (U) MID Rossii. (in Russian) *Пащковская И. Энергетическая политика Европейского союза в отношении России. Аналитические доклады. М. : Институт международных исследований МГИМО (У) МИД России. Вып. 5. 2011.*
- Poulain, B. (2006) Traité sur la Charte de l'énergie. Premières applications par les tribunaux arbitraux. *Les Cahiers de l'Arbitrage*. III (Juillet), 132–138.
- Red'kin, I. (2009) Pravovoe regulirovanie energetiki v Rossii v usloviyakh globalizatsii [The Legal Regulation of the Russian Energy Sector in the Conditions of the Globalization]. In: Yasin, E. G. *Modernizatsiya ekonomiki i globalizatsiya* [The Modernization of the Economy and Globalization]. Book. 3. Moscow, Higher School of Economics Publishing House, pp. 684–692. (in Russian) *Редькин И. Правовое регулирование энергетики в России в условиях глобализации // Модернизация экономики и глобализация / под. ред. Е.Г. Ясина. Кн. 3. М. : Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2009. С. 684–692.*
- Rubins, N. (2004) The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration. In: Horn, N. (ed.) *Arbitration Foreign Investment Disputes*. The Hague, Kluwer Law International, pp. 283–324.
- Sapir, J. (2006) Energobezопасnost' kak vseobshchee blago [Energy Security as a Common Good]. *Rossiya v global'noi politike* [Russia in Global Affairs]. (6). Available from: http://www.globalaffairs.ru/number/n_7780 [Accessed 20th January 2017]. (in Russian) *Сапир Ж. Энергобезопасность как всеобщее благо // Россия в глобальной политике. 2006. № 6. Режим доступа: http://www.globalaffairs.ru/number/n_7780. Дата обращения: 20.12.2017.*
- Seraglini, Ch. (2001) *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Paris, Dalloz.
- Shan, W. (2012) *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*. Oxford, Hart publ.
- Shan, W. & Zhang, S. (2011) The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *The European Journal of International Law*. 21 (4), 1049-1073. Available from: doi:10.1093/ejil/chq071.
- Slim, H. (2011) Arbitrage et lois de police. *La Revue Libanaise de l'Arbitrage*. (57), 21–27.
- Stern, J. P. (2005) *The Future of Russian Gas and Gazprom*. Oxford, Oxford University Press.
- Walde, T. W. & Hober, K. (2006) The First Energy Charter Treaty Award. In: Leben, Ch. (ed.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Paris, L.G.D.J., pp. 307–331.
- Zankovskii, S. S. (2006) Energeticheskaya bezопасnost' Rossii: pravovye voprosy [Energy Security of Russia: Legal Aspects]. *Energeticheskoe pravo* [Energy Law]. (2), 64–68 (in Russian)

Занковский С.С. Энергетическая безопасность России: правовые вопросы // Энергетическое право. 2006. № 2. С. 64–68.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksandr K. Volkov, Candidate of Legal Sciences, Lawyer of “Sphera” Ltd.

ORCID ID: 0000-0002-7288-2714

Contact information:

e-mail: akvolkov28@gmail.com

For citation:

Volkov, A. K. (2018) Le Contenu de la Futur Reglementation Juridique des Relations Gazieres Entre la Russie, l’UE et ses Pays Membres. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 110–139. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139.

БУДУЩЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ ГАЗОВОЙ ПРОМЫШЛЕННОСТИ МЕЖДУ РОССИЕЙ, ЕВРОПЕЙСКИМ СОЮЗОМ И ГОСУДАРСТВАМИ — ЧЛЕНАМИ ЕС

А.К. Волков

ООО «Сфера»

195009, Санкт-Петербург, Россия, Финский пер., 7

Существующее правовое регулирование отношений в сфере природного газа не позволяет в полной мере удовлетворить многочисленные интересы России, ЕС и его государств-участников. Разрешением данной проблемы могла бы стать разработка правового регулирования, стимулирующего развитие отношений по непосредственному участию российских и европейских компаний на рынках. В частности, ПАО «Газпром» и других российских компаний на рынке транспортировки, дистрибуции и розничной купли-продажи природного газа в ЕС, и европейских компаний на рынке добычи природного газа России. Основы правового регулирования могут быть закреплены в новом международном договоре, заключенном между сторонами.

Целью регулирования может стать создание частичного рынка, основанного на принципе гарантированного доступа российских компаний к рынку розничной купли-продажи в пределах определенных квот (объемов). Европейские компании могли бы получить доступ к добычи природного газа в России в пределах тех же квот (в соответствии с принципом взаимности). В то же время для целей обеспечения энергетической безопасности ЕС и России отношения, основанные на долгосрочных договорах, будут сохранены.

Международный договор будет содержать нормы в сфере антимонопольного, инвестиционного и торгового права. Предлагаемое регулирование позволит разрешить множество проблем. В сфере инвестиций создаст условия по их привлечению в сектор газодобычи в России, розничной, оптовой купли-продажи и транспортировки природного газа в ЕС. В антимонопольной сфере возможность обращения в арбитраж в случае нарушения антимонопольных норм, правила по осуществлению сотрудничества между участниками рынка, позволят увеличить число производителей, участников розничной и оптовой купли-продажи.

Ключевые слова: рынок природного газа; энергетическая безопасность; газоснабжение; международное энергетическое право; инвестиционные гарантии в России; антимонопольное ре-

гулирование в энергетической сфере; международные договоры в сфере энергетики; природный газ

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Волков Александр Константинович, кандидат юридических наук, юристконсульт ООО «Сфера».

ORCID ID: 0000-0002-7288-2714

Контактная информация:

e-mail: akvolkov28@gmail.com

Для цитирования:

Волков А.А. Le Contenu de la Futur Reglementation Juridique des Relations Gazieres Entre la Russie, l'UE et ses Pays Membres // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 110–139, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139



doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-140-145

**РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ
«ПРИМЕНЕНИЕ КОНСТИТУЦИИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ПРАВОВАЯ ГАРАНТИЯ
ГРАЖДАНСКОГО МИРА И БЕЗОПАСНОСТИ
ГОСУДАРСТВА»
(МОСКВА: РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ, 2017)**

Н.В. Анциферов

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

Настоящая рецензия отражает результат изучения монографии, подготовленной сотрудниками отдела конституционно-правовых исследований Российского государственного университета правосудия и вышедшей под редакцией доктора юридических наук, профессора И.А. Умновой (Конюховой). Монография посвящена применению российской Конституции в контексте категорий гражданского мира и безопасности государства.

Рецензируемая работа написана на тему, которая не позволяет усомниться в своей актуальности. Категории «применения Конституции», с одной стороны, и «гражданского мира», «безопасности государства», с другой, вызывают перманентный исследовательский интерес представителей различных отраслей общественной науки. С учетом актуализации ряда угроз данная тематика, очевидно, своего значения не утратит. При этом действительно важным и предопределяющим научную новизну исследования представляется рассмотрение соответствующих явлений во взаимосвязи, в частности, когда применение Конституции выступает в качестве механизма обеспечения (гарантирования) мира и безопасности. В работе исследуются различные аспекты заявленной проблематики: теоретико-методологические и конституционные основы гражданского мира и безопасности в Российской Федерации; практика реализации Конституции РФ в стратегических и программных документах органов государственной власти; судебное правоприменение, касающееся интересующих авторов вопросов и пр. Работа выполнена на высоком научном уровне, достаточно хорошо воспринимается, содержит многочисленные примеры из правотворческой и правоприменительной практики.

В монографии усматриваются некоторые недостатки, которые не носят принципиального для общей ее положительной оценки характера. В частности, в ряде случаев создается ощущение отсутствия единообразия в понимании важных для исследования категорий в различных частях работы. Кроме того, представляется, что, поскольку работа посвящена именно применению Конституции, было бы целесообразно более подробно остановиться на вопросах обязательности рассматриваемых стратегических и программных документов, а также их конституционной предопределенности с точки зрения содержания.

В целом, по мнению рецензента, монография вносит заметный вклад в изучение как проблем применения конституции, так и правового механизма обеспечения гражданского мира и

безопасности государства. При этом авторами создан существенный задел для продолжения исследований, связанных с тематикой работы.

Ключевые слова: Конституция; применение; гражданский мир; безопасность государства; суд

Рецензируемая монография написана на тему, которая не позволяет усомниться в своей актуальности. Категории «применения Конституции», с одной стороны, и «гражданского мира», «безопасности государства», с другой, вызывают перманентный исследовательский интерес не только юристов, но и философов, политологов, социологов и других представителей общественной науки. С учетом актуализации ряда угроз данная тематика, очевидно, своего значения не утратит.

При этом действительно важным представляется рассмотрение соответствующих явлений во взаимосвязи, в частности, когда применение Конституции выступает в качестве механизма обеспечения (гарантирования, способствования) мира и безопасности.

Анализируемая монография состоит из трех глав, в совокупности включающих 14 параграфов.

В первой главе авторы обращаются к теоретико-методологическим и конституционным основам гражданского мира и безопасности в Российской Федерации. По существу, в данной главе рассматриваются ключевые категории, используемые в монографии; аспекты отражения в конституционных текстах идей, касающихся вопросов мира и безопасности; собственно роли конституции в механизме обеспечения мира. Адресно авторы останавливаются на интегративной функции Конституции РФ по определению основ гражданского мира и безопасности.

В целом, материал первой главы задает необходимые ориентиры в отношении предмета исследования, позволяет понять содержание и оценить значение положений ряда международно-правовых и конституционных документов различных стран мира. Авторы, констатируя тенденцию расширения конституционного регулирования защиты мира и безопасности, приводят конкретные примеры соответствующих норм (разоружение, противодействие терроризму, охрана жизни и здоровья и пр.).

Останавливаясь на роли конституции как инструмента примирения противоборствующих сторон, исследователи рассматривают особенности разработки и принятия конституционных документов как имеющие существенное значение для эффективной реализации подобной примирительной функции. В связи с этим обращает на себя внимание заключение авторов о том, что практика принятия конституций на референдуме обозначила неоднозначность данной формы как способа национального примирения. Как показывается в работе, в некоторых случаях подобный механизм способствовал достижению названной социально значимой цели, однако он может приводить и к углублению раскола общества (с. 47). Вообще, несколько забегаая вперед, отметим, что из некоторых

иных сюжетов, представленных в монографии, также вытекает весьма важная идея о том, что использование сопоставимого конституционного инструментария в различных условиях может приводить к несопадающим последствиям применительно к рассматриваемым явлениям. Впрочем, как и реализация противоположных, казалось бы, конституционных подходов (в нетождественных социальных ситуациях) способно обуславливать принципиально сопоставимые результаты.

В качестве определенного сомнения применительно к содержанию первой главы, на наш взгляд, может выступить некоторый недостаток стройности системы предлагаемых понятий. В частности, весьма подробно рассматривая такую категорию, как «мир» (в том числе в различных измерениях), авторы при этом достаточно ограничительно исследуют понятие безопасности. При этом если определение гражданского (социального) мира представляется (с. 15), то второй важной категории, вынесенной в заглавие монографии, — «безопасности государства» — соответствующего адресного внимания не уделено. В главе определяется понятие «безопасности личности», однако соответствующая дефиниция не соотносится четким образом с понятием безопасности государства. Проводится некоторое разграничение понятий «мир» и «безопасность» (с. 27). Но, как представляется, соответствующие критерии не в полной мере применимы к разграничению понятий «гражданский мир» и «безопасность государства».

В целом, изучение монографии создало у нас ощущение некой оторванности терминологических подходов, предложенных в первой главе, от понимания соответствующих категорий в главах, посвященных анализу собственно применения Конституции РФ, отсутствия единообразия в данном отношении.

Вторая глава работы посвящена анализу применения норм Конституции в стратегических и программных актах органов государственной власти как гарантии гражданского мира и безопасности. В качестве подобных документов, в первую очередь, рассматриваются акты Президента, которыми, как отмечают авторы, определяются ключевые программно-доктринальные и стратегические вопросы обеспечения мира и безопасности (с. 67). В монографии применительно к предмету исследования анализируются Послания Президента различных лет, Стратегии (национальной безопасности, государственной национальной политики), Концепции (общественной безопасности, внешней политики), доктрины (военная, морская, информационной безопасности). Широкий предметный и временной охват названных документов позволяет рассмотреть многочисленные аспекты проблем мира и безопасности, различного характера установки, направленные на их гарантирование. Во второй главе исследования также уделяется внимание программным актам Правительства, анализируются программы гармонизации межнациональных отношений, принимаемые и реализуемые на уровнях субъектов Российской Федерации и муниципальных образований.

В целом, авторами исследован обширный правовой материал, использованы статистические данные, приведены конкретные примеры мероприятий, направленных на обеспечение мира и безопасности. В то же время, на наш взгляд, поскольку работа посвящена именно применению Конституции, при исследовании подобного рода документов, было бы целесообразно более подробно остановиться на вопросах их обязательности, а также конституционной предопределенности с точки зрения содержания (в частности, с учетом атрибутов понятия «акт правоприменения конституции», предложенного на с. 9 монографии).

В третьей главе работы авторы, в основном, обращаются к правоприменительной деятельности судов, относящейся к теме исследования. Особое внимание уделяется проблемам межнациональных, религиозных, миграционных отношений, экстремизма и некоторым другим. Одной из ключевых идей, которая вытекает из содержания данной главы и находит отражение в конкретных примерах, является необходимость поиска адекватного баланса между требованиями мира и безопасности и иными конституционными ценностями. Требование баланса ценностей, являясь общепринятым в универсальном смысле, в логике реализации рассматриваемых авторами ключевых категорий (обладающих весьма широким, не всегда очевидным содержанием) приобретает особое наполнение.

Применительно к данной главе вызывает определенное сомнение подход авторов к классификации «конституционно-правовых гарантий гражданского мира и безопасности» (с. 18). В частности, в качестве таковой (гарантии) выделяется «обеспечение безопасности личности, общества и государства». Терминологически создается ощущение, что гарантия и, собственно, гарантируемый интерес, во всяком случае частично, совпадают, что представляется некорректным. Само же описание указанного вида гарантий посвящено проблеме допустимости правоограничений и пределов в использовании публичных ресурсов.

Ситуацию некоторой эклектичности третьей главы создает, как представляется, включение в ее содержание параграфа 3.3 в предложенном виде. Посвященный, как следует из наименования, проблемам конституционно-правового регулирования в сфере противодействия злоупотреблению властью и правом, он, по существу, касается ситуаций в конкретной сфере правоотношений - взаимодействия банков с субъектами публичной власти.

В целом, нельзя отрицать, что принцип недопустимости злоупотребления правом тем или иным образом соотносится с требованиями обеспечения гражданского мира и безопасности. Однако ряд приведенных авторами примеров (самих по себе весьма интересных), на наш взгляд, условно соотносится с темой исследования, если ее не воспринимать предельно широко. Но в последнем случае предмет работы утратит какое-либо своеобразие.

Безусловно, монография вызывает несомненный интерес. Она написана на актуальную тему, обладает научной новизной, выполнена на высоком научном уровне, достаточно хорошо воспринимается, содержит многочисленные примеры из правотворческой и правоприменительной практики. Работа вносит замет-

ный вклад в изучение как проблем применения конституции, так и правового механизма обеспечения гражданского мира и безопасности государства. При этом ознакомление с работой создает весьма устойчивое впечатление о том, что авторами создан существенный задел для продолжения исследования по рассматриваемой тематике.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Анциферов Николай Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права и конституционного судопроизводства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов.

ORCID ID: 0000-0001-9030-1461

Контактная информация:

e-mail: antsiferov_nv@rudn.university

Для цитирования:

Анциферов Н.В. Рецензия на монографию «Применение Конституции Российской Федерации как правовая гарантия гражданского мира и безопасности государства» (Москва: Российский государственный университет правосудия, 2017) // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 1. С. 110–145, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-145

REVIEW OF MONOGRAPH «APPLICATION OF THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION AS A LEGAL SAFEGUARD OF CIVIL PEACE AND STATE SECURITY». (MOSCOW, RUSSIAN STATE UNIVERSITY OF JUSTICE, 2017)

Nikolay V. Antsiferov

RUDN University
Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The Review summarizes the results of studying a monograph prepared by the Department of Constitutional and Legal Research at the Russian State University of Justice, and published under the editorship of Doctor of Law, Professor I.A. Umnova (Konyukhova). The monograph under consideration is devoted to the application of the Russian Constitution in the context of the categories of civil peace and state security.

The reviewed monograph is written on the topic that does not allow questioning its relevance. Such categories as «application of the Constitution», on the one hand, and «civil peace», «state security», on the other hand, spark permanent research interest of representatives from various branches of social science. Taking into account the relevance of some threats, this topic obviously will not lose its significance. At the same time, a truly important factor, which predetermines a scientific novelty of the research, is review of respective phenomena in their interrelations, in particular, when the application of the Constitution acts as a mechanism to ensure (guarantee) peace and security. The paper explores various aspects of the outlined problems: theoretical, methodological and constitutional foundations of civil peace and security in the Russian Federation; the practice of implementing the Constitution of the Rus-

sian Federation in strategic and policy documents of public authorities; judicial enforcement in the matters of the authors' interest, etc. The work is executed on a high scientific level, is rather easy to understand and contains numerous examples from law-making and law-enforcement practices.

The monograph has some drawbacks that do not affect its overall positive evaluation. In particular, in a number of cases there is a lack of uniformity in understanding the categories important for the research, in different parts of the work. Additionally, it appears that, since the work is devoted specifically to the application of the Constitution, it would be advisable to dwell in more detail on the binding power of strategic and policy documents under consideration, as well as their constitutional predetermination in terms of the content.

In general, the monograph makes a notable contribution to the study of both the problems of applying the Constitution and the legal mechanism to ensure civil peace and state security. At the same time, the authors lay a substantial groundwork for further research related to the topic of the work.

Key words: Constitution; application; civil peace; state security; court

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Nikolay V. Antsiferov, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Constitutional Law and Constitutional Court Proceedings, Law Institute, RUDN University.

ORCID ID: 0000-0001-9030-1461

Contact information:

e-mail: antsiferov_nv@rudn.university

For citation:

Antsiferov, N. V. (2018) Retsenziya na monografiyu «Primenenie Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii kak pravovaya garantiya grazhdanskogo mira i bezopasnosti gosudarstva» (Moskva: Rossiiskii gosudarstvennyi universitet pravosudiya, 2017) [Review of Monograph «Application of the Constitution of the Russian Federation as a Legal Safeguard of Civil Peace and State Security». (Moscow, Russian State University of Justice, 2017)]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 110–145. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-145.

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал

20831

ВЕСТНИК РУДН

(индекс издания)

Серия «Юридические науки»

Количество комплектов:

2018⁰13 год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДОСТАВОЧНАЯ КАРТОЧКА

ПВ	место	литер

на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

Стоимость	подписки	руб. ___ коп.	Количество комплектов:
	переадресовки	руб. ___ коп.	

на 2018 год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДЛЯ ЗАМЕТОК