



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2021 Том 25 № 3

doi: 10.22363/2313-2337-2021-25-3

<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

Ястребов Олег Александрович,
доктор юридических наук, профессор,
РУДН, г. Москва,
Российская Федерация.
Техническое и организационное
обеспечение, взаимодействие
и контакты с партнерами
и официальными структурами.

E-mail: yastrebov-oa@rudn.ru

Заместитель главного редактора

Власенко Николай Александрович,
доктор юридических наук, профессор,
РУДН, г. Москва,
Российская Федерация.
Научная политика,
качество публикуемых материалов,
формирование выпусков.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

Ответственный секретарь

Андреева Полина Николаевна,
кандидат юридических наук,
РУДН, г. Москва, Российская Федерация.
Переписка с авторами,
документооборот журнала,
информационная инфраструктура
журнала, организация рецензирования
материалов.

E-mail: andreeva-pn@rudn.ru

Члены редакционной коллегии

Абашидзе Аслан Хусейнович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

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

Бекбаев Ерзат Зейнуллаевич, доктор юридических наук, профессор, Евразийская юридическая академия им. Д.А. Кунаева Республики Казахстан, г. Алматы, Республика Казахстан

Варламова Наталья Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация

Васильева Татьяна Андреевна, доктор юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация

Габов Андрей Владимирович, доктор юридических наук, член-корреспондент РАН, Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва, Российская Федерация

Гамбарян Артур Сиреканович, доктор юридических наук, профессор, Российско-Армянский Университет, г. Ереван, Армения

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

Еремян Виталий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Клишас Андрей Александрович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

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

Нематов Акмал Рауфджонович, доктор юридических наук, доцент, Академия наук Республики Таджикистан, г. Душанбе, Республика Таджикистан

Немытина Марина Викторовна, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

Панаотиопулос Димитриос, доктор права, профессор, Афинский университет, г. Афины, Греция

Почагаев Роман Юлианович, кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация

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

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

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация

Периодичность: 4 выпуска в год

Языки публикаций: русский, английский.

Журнал индексируется в *Russian Science Citation Index (RSCI)* на платформе *Web of Science*, *ПИИЦ*, *перечень ВАК*, *Google Scholar*, *Ulrich's Periodicals Directory*, *WorldCat*, *Cyberleninka*, *DOAJ*, *EBSCOhost*, *East View*, *Dimensions*, *ResearchBib*, *Lens*, *Microsoft Academic*, *Research4Life*, *JournalTOCs*

Цель журнала и направленность публикаций

Журнал публикует статьи по фундаментальным и прикладным проблемам юридической науки, рецензии на монографии и обзоры научных мероприятий.

Цель журнала — публиковать результаты оригинальных научных исследований по широкому кругу вопросов современного развития государства и права, истории законодательства и государственных институтов, философии и социологии права.

В журнале публикуются результаты научных исследований по широкому спектру правовых проблем, в том числе по тематике, соответствующим специальностям ВАК юридические науки: 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5. Материалы основаны на современной методологии юридической науки, содержат доктринальные подходы, отражают новейшие тенденции в законодательстве и правоприменительной практике России и зарубежных стран, международном правовом регулировании.

Политика журнала базируется на соблюдении норм научной этики.

Основным критерием отбора материалов для опубликования является их научный уровень, все статьи проходят внешнее рецензирование (двойное слепое).

Материалы для опубликования представляются через онлайн-систему: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

Требования к публикуемым материалам, правила оформления статей, архив и дополнительная информация размещены на сайте: <http://journals.rudn.ru/law>.

Редакторы: *И.А. Гроник, К.В. Зенкин*
Редактор-переводчик: *В.В. Степанова*
Компьютерная верстка: *Н.А. Ясько*

Адрес редакции:

1115419, Российская Федерация, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3
Тел.: +7 (495) 955-07-16;
e-mail: publishing@rudn.ru

Почтовый адрес редакции:

117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
Тел.: +7 (495) 434-22-12; e-mail: lawj@rudn.ru

Подписано в печать 15.07.2021. Выход в свет 15.09.2021.

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

Усл. печ. л. 22,58. Тираж 500 экз. Заказ № 626. Цена свободная.

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования
«Российский университет дружбы народов» (РУДН)

117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
Отпечатано в типографии ИПК РУДН

115419, Российская Федерация, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. +7 (495) 952-04-41; publishing@rudn.ru



RUDN JOURNAL OF LAW

2021 VOLUME 25 No. 3

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3

<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, Moscow,
Russian Federation.
Technical and organizational
support, engagement
and communication with partners
and official structures.

E-mail: yastrebov-oa@rudn.ru

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Nikolay A. Vlasenko,
Doctor of Legal Sciences, Professor,
RUDN University, Moscow,
Russian Federation.
Scientific policy, quality of published
materials, formation of issues.

E-mail: vlasenko-na@rudn.ru

EXECUTIVE SECRETARY

Polina N. Andreeva,
Candidate of Legal Sciences,
RUDN University, Moscow,
Russian Federation.
Journal records management,
document circulation, information
infrastructure of the journal,
organization of reviewing materials.

E-mail: andreeva-pn@rudn.ru

Editorial board

- Aslan Kh. Abashidze*, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation
Daulet L. Baideldinov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Almaty, Republic of Kazakhstan
Erzat Z. Bekbaev, Doctor of Legal Sciences, Professor, Eurasian Law Academy named after D.A. Kunayev, Almaty, Republic of Kazakhstan
Natalia V. Varlamova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation
Tatiana A. Vasilyeva, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation
Andrey V. Gabov, Doctor of Legal Sciences, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences (RAS), the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation
Artur S. Gambaryan, Doctor of Legal Sciences, Professor, Russian-Armenian University, Yerevan, Republic of Armenia
Rima Y. Dzhanarayeva, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Almaty, Republic of Kazakhstan
Vitaly V. Yeremyan, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation
Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation
Sandra Liebenberg, LL.D. (Witwatersrand), Professor, Stellenbosch University, Stellenbosch, South Africa
Akmal R. Nematov, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, the National Academy of Sciences of Tajikistan, Dushanbe, Tajikistan
Marina V. Nemytina, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation
Dimitrios Panagiotopoulos, Doctor of Law, Professor, University of Athens, Athens, Greece
Roman Yu. Pochekaev, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, National Research University Higher School of Economics in Saint Petersburg, Saint Petersburg, Russian Federation
Alessandra Pietrobbon, PhD in Law, Full Professor, University of Padova, 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, Saint Petersburg, Russian Federation

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

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

Frequency: Quarterly (4 times per year)

Publication languages: Russian, English

The Journal is indexed: *Russian Index of Science Citation, RSCI (in Web of Science platform), DOAJ, Google Scholar, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, East View, Cyberleninka, Dimensions, EBSCOhost, ResearchBib, Lens, Microsoft Academic, Research4Life, JournalTOCs*

Purpose and scope of the journal

RUDN Journal of Law publishes articles on the fundamental and practical issues of legal science, book and conference reviews.

The purpose of the journal is to publish the results of original scientific researches on a wide range of issues of modern development of the state and law, the history of legislation and state institutions, philosophy and sociology of law.

The journal publishes the results of research on a wide spectrum of legal issues.

The papers published are based on contemporary methodology of the legal science, contain doctrinal approaches, reflect new tendencies in legislation and law enforcement practice of Russia and foreign countries, international legal regulation.

The policy of the journal is built upon the observance of norms of scientific ethic.

The key criteria for the selection of materials is their scientific value.

The submission of the manuscripts is operated through an online system:
<http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

The submission requirements, instructions regarding manuscripts, archive and additional information are available on the website of the journal: <http://journals.rudn.ru/law>.

Editors: *I.A. Gronic, K.V. Zenkin*

Editor-translator: *V.V. Stepanova*

Computer design: *N.A. Yasko*

Address of the Editorial Board:

3 Ordzhonikidze str., Moscow, 115419, Russian Federation

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: publishing@rudn.ru

Postal Address of the Editorial Board:

6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

Ph. +7 (495) 434-22-12; e-mail: lawj@pfur.ru

Printing run 500 copies. Non-fixed price.

"Peoples' Friendship University of Russia" (RUDN University)

6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

Printed at RUDN Publishing House:

3 Ordzhonikidze str., Moscow, 115419, Russian Federation,

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: publishing@rudn.ru

СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

- Власенко Н.А.** Отклоняющееся государство: учение Аристотеля и постсоветская реальность 479
- Малиновский А.А.** Концепт «сильное государство» в политико-правовом измерении 506
- Почекаев Р.Ю.** Соглашения Российской и Британской империй с Йэттишаром: историко-правовое исследование 527
- Скоробогатов А.В., Краснов А.В.** Судебная практика в правовой реальности России: опыт комплексного исследования 545
- Семитко А.П.** Исторические корни и современное состояние проблемы «публичное — частное право» во французской юридической доктрине 562
- Alekseeva N.A.** Legal aspects of environmental safety in the field of medical waste management in the context of the pandemic (**Алексеева Н.А.** Правовые аспекты экологической безопасности в области обращения с медицинскими отходами в условиях пандемии) 586

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

- Khalilov F.Y.** “Equality of arms” in criminal procedure in the context of the right to a fair trial (**Халилов Ф.Я.** «Равенство оружий» в уголовном процессе в контексте права на справедливое судебное разбирательство) 602
- Rusakova E.P.** Integration of “smart” technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China (**Русакова Е.П.** Интегрирование «смарт» технологий в гражданское судопроизводство КНР) 622

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

- Клементьев А.П.** Ликвидационный неттинг в Европейском Союзе: договорная практика и унификация правового регулирования 634
- Егорова М.А.** Особенности осуществления контроля за экономической концентрацией: России, Франции и США 654

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

- Gavrilova Yu.A.** The concept of integrating artificial intelligence into the legal system (**Гаврилова Ю.А.** Концепция интеграции искусственного интеллекта в правовую систему) 673
- Lyutova O.I., Fialkovskaya I.D.** Blockchain technology in tax law theory and tax administration (**Лютובה О.И., Фиалковская И.Д.** Применение технологии блокчейн в налоговом администрировании) 693

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

- Корнев А.В.** Право — неотъемлемый элемент культуры: к 85-летию профессора РУДН Геннадия Илларионовича Муромцева 711
- Чихладзе Л.Т., Комлев Е.Ю.** Проблемы и перспективы развития местного самоуправления в Российской Федерации и зарубежных странах: обзор Всероссийской конференции с международным участием 719

CONTENTS

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

Nikolay A. Vlasenko. The declining state: Aristotle teachings and post-Soviet reality.....	479
Aleksey A. Malinovsky. The concept of “strong state” in the political and legal dimension	506
Roman Yu. Pochekaev. Trade treaties of Russian and British empires with Yattishar: historical and legal study.....	527
Andrey V. Skorobogatov, Alexandr V. Krasnov. Judicial practice in the law reality of Russia: experience of a comprehensive research.....	545
Alexey P. Semitko. Historical roots and current state of the “public — private law” issue in French legal doctrine.....	562
Nadezhda A. Alekseeva. Legal aspects of environmental safety in the field of medical waste management in the context of the pandemic.....	586

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

Fardin Y. Khalilov. “Equality of arms” in criminal procedure in the context of the right to a fair trial.	602
Ekaterina P. Rusakova. Integration of “smart” technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China.....	622

CIVIL LAW

Aleksey P. Klementyev. Close-out netting in the European Union: contract practice and unification of legal regulation	634
Maria A. Egorova. Features of exercising control over economic concentration: the experience of Russia, France and USA	654

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

Yulia A. Gavrilova. The concept of integrating artificial intelligence into the legal system	673
Olga I. Lyutova, Irina D. Fialkovskaya. Blockchain technology in tax law theory and tax administration.....	693

BOOK REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

Arkadiy V. Kornev. Law is an integral element of culture: to the 85th anniversary of RUDN professor Gennady Illarionovich Muromtsev	711
Levan T. Chikhladze, Evgeny Y. Komlev. Problems and Prospects for the Development of Local Self-Government in the Russian Federation and Foreign Countries: Review of the All-Russian Conference with International Participation	719

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505

Научная статья

Отклоняющееся государство: учение Аристотеля и постсоветская реальность

Н.А. Власенко  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация
 vlasenko-na@rudn.ru

Аннотация. Анализируются содержательные стороны современной постсоветской государственности на основе традиционного методологического ориентира, получившего название элементный подход (Аристотель, Еллинек), предполагающем выделение ключевых государствообразующих признаков. Активно используется аристотельское понятие «отклоненное государство». С целью более глубокой иллюстрации так называемых «отклоняющихся» моментов в постсоветских государствах применяются метафорические сравнения — такие как «имитационное государство», «отчужденное государство», «селективное государство» и др. В числе отклоняющихся закономерностей признаются слабое системное стратегическое планирование и отсутствие соответствующих научных концепций, в том числе в чрезвычайных ситуациях, а также недостаточный суверенитет судебной власти, превалирование унитарных тенденций и др. Аргументация автора подкреплена данными, опубликованными в различных официальных источниках (статистика, результаты специальных социологических исследований, действующее российское законодательство, репортажи, мнения экспертов и т. д.). Статья рассчитана на специалистов в сфере теории государства и права, политологии, социологии и др. Будет интересна аспирантам, государственным и муниципальным служащим.

Ключевые слова: государство, Аристотель, политика, Еллинек, постсоветское государство, метафоры, российские реформы, коррупция

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 25 мая 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Власенко Н.А. Отклоняющееся государство: учение Аристотеля и постсоветская реальность // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 479—505. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505

Research Article

The declining state: Aristotle teachings and post-Soviet reality

Nikolay A. Vlasenko  

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation
 vlasenko-na@rudn.ru

Abstract. The substantive aspects of modern post-Soviet statehood are analyzed on the basis of the traditional methodological guideline, called the elemental approach (Aristotle, Jellinek), which presupposes the allocation of key state-forming features. The Aristotle concept of “rejected state” is actively applied. For the purpose of a deeper illustration of the so-called “deviating” moments in the post-Soviet states, metaphorical comparisons are used, such as “imitation state”, “alienated state”, “selective state” and others. Deviating patterns are described through weak systemic strategic planning and the lack of relevant scientific concepts, including in emergency situations, as well as insufficient supremacy of judiciary, prevalence of unitary tendencies and others. The author's argumentation is supported by data published in various official sources (statistics, results of special sociological studies, current Russian legislation, reports, expert opinions, etc.). The article is intended for specialists in the field of the theory of state and law, political science, sociology, etc. It will be of interest to postgraduate students, state and municipal employees.

Key words: state, Aristotle, politics, Jellinek, post-Soviet state, metaphors, Russian reforms, corruption

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 25th May 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Vlasenko, N.A. (2021) The declining state: Aristotle teachings and post-Soviet reality. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 479—505. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505

Введение

Государство создается не ради того только, чтобы жить,
но и преимущественно для того, чтобы жить счастливо.
Аристотель

Эпохи или определенные исторические периоды, характерными чертами которых являются отсутствие эффективной экономики, минимальные в нее инвестиции, непомерные налоги, социальная нищета, повышение пенсионного

возраста, превышение смертности над рождаемостью, экологическая нестабильность, федерально-региональная неразбериха в чрезвычайных ситуациях, фактически платные образование и медицина в условиях низкой заработной платы и минимальной пенсии, а также и многие другие болезненно затянувшиеся факторы современности как и в советском прошлом, так и в настоящее время, нередко называют простым словом — «застой». Указанные обстоятельства, их система неизбежно предлагают задуматься о качестве публичной власти, государственного управления, рентабельности политического устройства, роли и эффективности современного государства и юридических механизмов и др.

Несомненно следующее. Перед нашей наукой, в том числе юридической, стоят крупные теоретические задачи, требующие глубокого осмысления накопившихся проблем и формулирования путей и перспектив выхода из опасной ситуации, способной оказаться безвозвратной с соответствующими политическими, социальными и экономическими последствиями.

Главное звено в научном осмыслении наступающих негативных социально-экономических и связанных с ними проблем — это *государство*, с его организующей силой и системными возможностями. Хотелось бы или нет, но современному политико-юридическому мышлению нужно огласиться с тем, что отечественная государственность занимала и занимает место ядра в политической, социальной и экономической системах современного российского общества. Термин «ядро» пришел в отечественный политико-юридический лексикон в 1977 г., впервые найдя свою прописку в Конституции СССР. К нему можно относиться по-разному, но его метафорическая образность позволяет говорить о терминологической точности. Итак, государство, несомненно, ядро, главное звено в организации жизни общества, его воспроизведении самим себя. Здесь нельзя обойти такой важный момент, как оценка роли государства, его властной составляющей в общественном организме.

И еще важная деталь. В статье, пожалуй, впервые в юридической науке активно используются метафоры. Метафорические характеристики государственно-правовых явлений важны потому, что они высвечивают дополнительные черты объектов исследования, позволяют понять их глубже, например, появилось выражение «незаметное государство» в смысле цифровизации государственного управления и др. Метафорический метод, если так приемлемо сказать, подчеркнем, во многом инструмент и данной работы. С другой стороны, надо помнить, метафоры очень редко «перерастают» в ранг научных категорий. В этой связи попытка придать метафоре буквальный смысл часто ведет на путь ложных представлений¹.

На наш взгляд, государство, его правительство должны представлять собой самоорганизующую силу, которая при необходимости способна *«самонастраиваться»* с целью усиления активности и ролевых функций в общественной практике, и наоборот, в случаях, когда общество, его компоненты способны сами решать возникающие проблемы — снижать активность, играть роль «ночного сторожа». Иначе говоря, постоянное «подталкивание» и опека со стороны государства общественной и экономической динамики вряд ли имеет смысл и может

¹ Подробнее о метафорах в юридической науке: (Baranov & Vlasenko, 2019:11—25).

навредить. Понятно, что это некая идеальная модель современного государства, образно ее можно назвать государством-гарантом, основанная на разумности и оптимальности отношений между обществом и государством.

Сказанное позволяет сформулировать следующий вопрос — кто виноват в слабой эффективности общественного развития России, ряда других постсоветских государств? В частности, можно ли было за последние 20—30 лет вывести российское общество на другой уровень — уровень социально достойного существования, поступательного увеличения рождаемости, достаточных социальных гарантий? Ответ на поставленную проблему очевиден. В первую очередь, за плохо организованную жизнь, непродуктивную политику и недееспособность государственных рычагов и др. ответственность несет государство, этажи его власти². С другой стороны, списывать нищету существования основной массы населения исключительно на государственные структуры — также проявить максимализм в соответствующих суждениях и пододвинуть себя к необъективным оценкам. Роль общества, его механизмов должна быть корректной и эффективной, отвечать социальному спросу, заказу. И, конечно, нельзя забывать о «дозировке» в решении указанных социальных проблем государственного и общественного.

Что такое государство: из глубины веков — до современных трактовок. Роль Аристотеля

Чтобы охарактеризовать постсоветское государство, его слабые стороны и болезни, нужно, по крайней мере, понять, что представляет собой государство, из каких элементов состоит? Какие блоки, какие составляющие являются главными? Какие инструменты — основные? Следует понимать не только существо государства, но и другое — его цель, связь и зависимость от общества и др. И где линия раздела между государством и обществом? Сказанное мною неслучайно и не для красного словца. О государстве написано очень много: античная классическая литература, период средневековья, эпоха капитализма и т. д. И, конечно, здесь важно определиться, какие работы ключевые и эпохальные. Когда говорю об эпохальных произведениях, то имею в виду книги, повлиявшие на парадигмы научного мышления, определившие вехи, стандарты и пороги в понимании государства. Из существующего многообразия фундаментальных работ о государстве я определил для себя две книги: «Политика» Аристотеля и «Общее учение о государстве» Георга Еллинека. Аргументация очевидна — Аристотель заложил науку о государстве, сформулировал основополагающие категории, в рамках которых мы размышляем и в настоящее время; Георг Еллинек, опираясь на наследие Аристотеля, во-первых, выбрал на начало XX в. колоссальные источники и характеристики государственности, во-вторых, сказанное гениально систематизировал. Наверное, автора этих строк можно упрекнуть в переоценке

² Американский исследователь В. Долфсма в этой связи справедливо замечает: «...в политико-философских дискуссиях довольно редко обсуждаются вопросы, когда государство терпит провал и в чем состоит этот провал». См.: (Dolfsma, 2017:12).

ряда работ и легкости в оценке других. Пусть в этом споре, как говорят, решит критерий вкуса и собственного усмотрения.

Итак, нет сомнения в том, что основы теории государства или учения о государстве на системном уровне заложены Аристотелем. Недаром его называют, по меткому выражению Ф. Энгельса, «самой универсальной головой» (Chanyshev, 1987:4). Изучение государствоведческих идей позволяет сделать вывод о том, что именно «аристотелевское» понимание государственности, ее составляющих, таких как демократия и ее формы, территориальность, власть и ее связь с населением и др., явились ключевым для развития мировой классической философии государства³. Следует поддержать и суждение о том, что Аристотель — «основоположник политической науки» (Lazarev, 2006:108). Безусловно, в современной философской литературе встречаются и критические суждения в части отдельных положений наследия Аристотеля (Karpenko, 2012:154—166).

Таким образом, нет сомнения, что Аристотель — гениальный методолог, его понимание существа государства (с видением — какое оно должно быть; чем *чреват* отклонения; последствия ущербности и несовершенства отдельных его элементов; и др.) — всегда были актуальны и остаются таковыми.

Надо честно признать, что отечественная юридическая наука, как в прошлом, так и в настоящем, достаточно жестко трансформировала основные признаки государства, которые обосновал Аристотель (территория, население, семья, законы и др.). Однако, возвращаясь еще раз к его труду, возникает вопрос — все ли прочитано у Аристотеля? Не «замылились» наши глаза за долгие годы известным перечислением признаков государства? Я попытался это сделать, и цель моя была не только в том, чтобы освежить в памяти блоки фундамента теории государства, но и попытаться найти ответы — точные методологические сюжетные линии, способные помочь исследователю, оценить современную государственность. Сегодня, в период господства (где-то безраздельного) либерального мышления и его результата — либеральной идеологии, понимание государства главным образом как публичной организации для управления общими делами на основе законов, иногда приводит к преувеличенной оценке роли такого элемента, как публичная власть, и недооценке *отклонений* в ее работе.

В самом начале «Книги третьей» своей работы «Политика» Аристотель задается вопросом — «что такое собственно государство?». И отвечает: «государство представляет собой нечто составное, подобное всякому целому, но состоящее из многих частей» (Aristotel', 1984:444). Далее подчеркивает: «Государство включает в себе неодинаковые элементы; подобно тому как всякий человек состоит из души и тела, а душа в свою очередь включает в себе разум и страсти...» (Aristotel', 1984:450). Современнику, наверное, думается, что это в общем просто — выделяй, расщепляй и анализируй. На самом деле этот принцип, этот подход лишь внешне прост. Практически, т. е. предметно, его осуществить непросто, тем более когда речь идет о таком архисложном явлении, как государство. Итак, аристотелевская методология достаточно проста, по крайней мере,

³ Подробнее: (Polyakov, Kozlikhin & Timoshina, 2007: 51—75).

так видится с позиции нашего времени. Заметим, современная философия ушла далеко вперед. Деление целого на части породило системный подход, анализ функций — функциональный и т. д., что объективно и верно.

Стержневые критерии государственности по Аристотелю и его идея отклоняющегося государства

Совершенно неслучайны рассуждения Аристотеля о государстве (речь идет о первых строках его книги «Политика»), начинающиеся с такого уникального его признака, как «общение». Философ пишет (приведем его цитату полностью): «Поскольку, как мы видим, всякое государство представляет собой своего рода общение, всякое же общение организуется ради какого-либо блага (ведь всякая деятельность имеет в виду предполагаемое благо), то, очевидно, все общения стремятся к тому или иному благу, причем больше других и к высшему из всех благ стремится то общение, которое является наиболее важным из всех и обнимает собой все остальные общения. Это общение и называется государством или общением политическим» (Aristotel', 1984:444).

Ставя знак равенства между государством и общением, одновременно Аристотель видел государство как *добродетель* для человека, некое социальное образование, устраивающее все слои населения и способное создавать компромиссы при решении любых вопросов. Иначе говоря, идеальное государство ему виделось как живой организм, открытый и эффективный. Кстати, о важности добродетели в государственных делах Аристотель отмечает: «...где добродетель не ценится выше всего, там не может быть прочного аристократического государственного устройства» (Aristotel', 1984:439).

Надо иметь в виду, что Аристотель четко различал (делил) государства с аристократическим строем (там, где ценится добродетель) и «отклоняющиеся» в сторону олигархии, где «богатство ценится выше добродетели и все государство становится корыстолюбивым» (Aristotel', 1984:439).

Итак, по Аристотелю государство — это *общение*, это *добродетель*. Но и это не все: в «третьей книге» «Политики» он дает еще одно определение государству и характеризует такой его признак, как наличие гражданства. «...Ведь государство, — пишет философ, — есть совокупность граждан» (Aristotel', 1984:444). Далее автор анализирует понятие «гражданин» и все, что с ним связано. Прежде Аристотель изучает статус граждан в различных греческих полисах и приходит к важным для нашей современности выводам, характеризующим институт гражданства. Это «зависимость» граждан от «вида государственного устройства», а также необходимости их *участия* (курсив наш. — Н.В.) в законосовещательной или судебной власти, и только в этом случае мы можем утверждать, — отмечает ученый, — что он является гражданином данного государства (Aristotel', 1984:446).

А вот теперь — вещь принципиально важная: отношение Аристотеля к случаям, выражаясь современным языком, не оптимального устройства государственной власти, неоптимального управления и злоупотребления властью. Аристотель такие ситуации предвидел и называл это *отклонением* и *наихудшим вредом*.

Аристотель указывает наиболее приемлемые формы осуществления государственной власти — царскую, аристократическую и политику. Надо заметить, что через всю работу проходит мысль об «отклонениях» в осуществлении государственной власти от критериев данных форм. Крайняя степень отклонения от реализации государственной власти — тирания. Для нашего исследования важна мысль об отклонении или трансформации власти, ее элементов в сторону узурпации одним субъектом или группой лиц.

Аристотель подчеркивает значение в государственном механизме законосовещательной власти; в этой связи узурпация ее функций (при отклонении) — наихудший вред для государства.

Великий мыслитель анализирует такие формы государственного устройства, как олигархию, тиранию и демократию, указывает на разные примеры отклонения, скажем, при распределении судебных дел, избрании правителей, формирующейся корыстолюбивости государства, а также отсутствие у государства такой цели, как добродетель. К отклонению в государственности Аристотель относит и тот факт, когда «один и тот же человек и на флейте играл, и сапоги тачал» (Aristotel', 1984:437—439).

В связи со сказанным, как не задаться вопросом об оптимальности государства по Аристотелю? И каков критерий эффективности государственности, ее механизмов? Этот вопрос беспокоил Аристотеля, и он отвечал на него. Речь идет о его суждениях устроенности государственной жизни у карфагенян. «Доказательством слаженности государственного устройства, — указывает мыслитель, — служит уже то, что сам народ добровольно поддерживает существующие порядки, и что там не бывало ни заслуживающих упоминания смут, ни тирании» (Aristotel', 1984:437).

Одновременно он и критиковал Карфаген, где бытовало мнение о том, что должностные лица должны избираться не только по признаку происхождения, но и по признаку богатства. Аристотель полагал, что критерий «богатство» есть ошибка законодателя. Управлять в государственном механизме должны люди порядочные и способные. Государство же должно быть богатым, но управлением, по его мысли, гарантировать досуг.

Подытожим сказанное. Великий Аристотель, заложивший основы учения о государстве, предложил следующий подход: рассматривать государство с позиции *целостной общности, образованной общением*. С этого и начал свое исследование. Между тем на протяжении всей работы автор во главу угла ставит *элементы* государства, именно они анализируются и выступают основой для выводов. Человек, гражданин, семья — центральные звенья государства. В этой связи Аристотель красной нитью проводит мысль о связи *добродетели* и *государства, счастья* и *государства* (Aristotel', 1984:460). Однако он не утопист; он прекрасно понимает, что это цели, достижение которых требует немалых усилий общества, самого государства, его структур. И здесь появляется теория отклоняющихся государств. К таким государственным режимам он относит олигархию, тиранию и демократию. Интересно, что демократические формы правления автор считал неправильными, т. е. не отвечающими природе человека, что, конечно, заставляет задуматься над смыслом государственности в целом и,

главное, в затратности государственного механизма, его неповоротливости. К «неправильным» формам государства Аристотель относит *плутократию* (господство богатства), *тимократию* (господство состояния (денежного ценза)) (Aristotel', 1984:460).

Учение о государстве Аристотеля за две тысячи лет получило развитие в трудах многих и многих светил, и не видеть очевидного нельзя, нелогично и неэтично. Больше беспокоит современное понимание государства, его оценки, предлагаемые «новизна», «преемственность», культивирование силы и лидерства (сильное государство) и др. Вновь на штык поднимается идея абсолютного суверенитета. К сожалению, возрождение отечественной государственности В.Д. Зорькин видит исключительно в его силовой составляющей, смягченной социальными вкраплениями⁴. Думается, очищение учения о современном российском государстве от наносного, конъюнктурного и надуманного рано или поздно потребует объединения усилий представителей различных социальных наук. Вот почему необходимо обращение к классическим истокам.

Выше я отметил, в «безбрежном» море литературы о государстве четко выделяется еще один остров — это книга, я бы сказал, продуманный «комод» мыслей о государстве Георга Еллинека.

В начале XX в. в России был переведен на русский язык В.М. Гессеном и Л.В. Шалландой труд немецкого мыслителя Георга Еллинека (1851—1911) «Общее учение о государстве». Произведение, подчеркну еще раз, замечательное и смею сказать — до сих пор недооцененное отечественными науками о государстве. На тот момент, по существу, автор не только подобрал все достижения в области европейской государствоведческой мысли за последние столетия, но и эффективно выстроил методологические основы, указав при этом, что «государство может быть изучаемо с разных точек зрения, в соответствии с многообразием его проявлений» (Ellinek, 2004:43). Объем статьи не позволяет воспроизвести многие и многие ключевые моменты произведения Г. Еллинека, однако, одно очень важное следует упомянуть.

Автор пишет о том, что объект социальных наук непрерывно изменяется, и в этом постоянном движении можно усмотреть прогрессивное развитие. «Эмпирически напротив, мы можем во многих случаях констатировать лишь изменение, а не развитие». Далее, автор еще более категоричен: «Учреждения меняются, но не всякое изменение есть развитие последним являются только такие изменения, которые ведут от простого к сложному» (Ellinek, 2004:76). Иначе говоря, по Еллинеку, социальные объекты, как и государство, движутся, с течением времени изменяются. Между тем изменения не всегда есть развитие. Российская государственность за последние сто и более лет только развивалась? Или только изменялась? Или и то, и другое. Современное российское государство, его движение и конституционное обновление — результат развития, прогресса или это просто изменения? Все эти вопросы требуют исследования — аргументированного конкретизирования в связи с функционированием отдельных институтов государства и в связи с правом, соответствующими изменениями и в нем.

⁴ Зорькин В. Возращение государства // Российская газета. № 8456. 17 мая, 2021.

«Имитационная» государственность

Аристотель исходит из того, что власть должна осуществляться реально, властвующие субъекты обязаны добиваться цели, при этом значительное внимание уделяется законосовещательной власти. Как тут не вспомнить его слова, о которых уже шла речь выше, о том, играть одновременно на флейте и тачать сапоги невозможно. Конечно, это самые общие положения, но мысль основоположника учения о государстве ясна — отправление власти не должно быть имитационным, что неизбежно ведет к отклонениям государственности.

Термин «имитация» означает подражание, подделку, копирование, при творство и т. д. Нет сомнения, что «имитационное государство» есть метафорическое выражение. Что дополнительного высвечивает использование такого образного высказывания? Как отмечалось, метафора позволяет создать наглядную картину происходящего, существо предмета или явления; подчеркнем еще раз, это ничто иное как научный прием. Зададимся вопросом — свойственна ли имитация современной постсоветской государственности, ее структурам в осуществлении полномочий, выполнении обязательных функций? Уточним, имитация в сфере реализации государственной власти, осуществлении государственного управления означает, что орган имитирует (изображает) реальную деятельность, достижение цели, часто желание общего благополучия, самостоятельно, по существу, не решая и не выполняя собственных функций и задач⁵.

Зададимся и другим вопросом — каков объем имитации, например, в современном механизме российского государства? Каковы причины? Можно ли в полной мере говорить, что вся российская государственность есть имитация того, что должно быть реально и с позиции общественной необходимости и с позиции собственной природы того или иного государственного института? Думаю, конечно, нет. Однако имитации в нашей жизни, в том числе государственной, достаточно.

Возникает и другой вопрос: имитация государственной деятельности, государственных функций — явление современной публичной власти России? Или же аналогичное свойство, например, государственной власти уже имело место в истории России? Думаю, что на этот вопрос полный и ясный ответ должны дать историки государства и права. Я могу лишь положительно утверждать относительно новейшей истории государственности России.

В ленинской идее советов как «работающих» корпораций имитация представительной власти, по существу, закладывалась сразу. Очевидно, что невозможно одновременно, что называется, трудиться на производстве, служить в вооруженных силах и т. д. и профессионально осуществлять представительную (включая законосовещательную) власть. К 1940 г. имитация представительской власти была высочайшей. И.В. Сталин сосредоточил в своих руках всю государственную власть. Думаю, комментарии здесь излишни.

Вернемся к истории отечественного парламентаризма. В 1917 г., как известно, главным конструктором советской государственной власти выступил

⁵ Имитационной составляющей современной российской государственности посвящены научные исследования С.А. Денисова. См., например: (Denisov, 2018).

В.И. Ленин, который не скрывал своей неприязни к парламентаризму. «Выход из парламентаризма, конечно, не в уничтожении представительных учреждений и выборности, а в превращении представительных учреждений из говорилен в «работающие» учреждения» (Lenin, 1949:395). Перечитывая «Государство и революцию», как ее называли советские идеологи, «сокровищницу идей марксизма-ленинизма о государстве» (Obichkin, 1980), видишь, что Ленин по существу тоже искал работающую форму представительной власти. «Продажный и прогнивший парламентаризм буржуазного общества, — отмечает он, — коммуна заменяет учреждениями, в коих свобода суждения и обсуждения не вы рождается в обман, ибо парламентарии должны сами работать, сами исполнять свои законы, сами проверять то, что получается в жизни, сами отвечать непосредственно перед своими избирателями» (Lenin, 1949:396). Здесь надо понять и еще одну деталь. Конечно, любой представительный орган власти во все времена был и остается, говоря словами классиков марксизма-ленинизма, «говорильней». Добиться ситуации, что этот государственный орган (а равно с ним и муниципальный) достигнет уровня, точки отсчета, где каждый представитель (депутат) будет трудиться, что называется в поте лица, невозможно. Сама *природа* данного учреждения такова, что здесь без «говорильни», и в хорошем, и в отрицательном смыслах, не обойтись. Где «говорильня», в хорошем смысле, там рядом и пустые речи и диалоги, такова природа парламентской деятельности. Однако вернемся к постсоветской реальности.

Статья 103.1 обновленной Конституции РФ регулирует вопросы ведения Государственной Думы в сфере парламентского контроля⁶. Первое, что бросается в глаза — в новой статье и в Конституции в целом по-прежнему отсутствует положение о главном, т. е. о том, для чего собственно существует этот федеральный представительный орган, а именно понятие законотворческой деятельности. Иначе говоря, ни о законотворчестве, ни о законотворческой стратегии и политике речи нет вообще. В п. 1 ст. 105 Основного закона сухо проконстатировано, что «федеральные законы принимаются Государственной Думой». Иногда Госдуму справедливо называют законосовещательным органом при Правительстве.

Аналогичное можно сказать и о Совете Федерации Федерального Собрания. В подтверждение сказанного читаем буквально следующее: «В пятницу сенаторы провели заключительное заседание, рассмотрев более 90 вопросов и одобрив 81 законопроект»⁷. Даже физически трудно представить, как это возможно сделать за один рабочий день, в смысле проголосовать. Другие комментарии излишни. Одновременно Госдума также рапортует об итогах одной (осенней) сессии — 553 принятых закона⁸.

Попробуем разобраться в причинах имитации государственности. Главная из них кроется в реально существующем единовластии и стремлении ее укреплять. Известно, что любая государственная власть в соответствии со своей

⁶ Подробнее: (Khabrieva & Klishas, 2020:125—127).

⁷ См.: Миславская Г. 80 законов в плюс // Российская газета. 28 дек., 2020.

⁸ Замахина Т. В духе Конституции // Российская газета. 25 дек., 2020.

природой тяготеет к этому. Иначе говоря, корни имитации — в обеспечении единовластия и централизованного режима.

Безусловно, имитация очень дорого стоит государственному бюджету: уберечь дорогостоящие представительные органы власти, управляемые судебные инстанции, работающие зачастую по команде, мнению свыше и т. д., в абсолютном большинстве мало что изменится. Такого плана любая власть это прекрасно понимает, и поэтому не скупится для имитации на расходы, тем более что деньги, попросту говоря, не из своего кармана.

В своих архивах я нашел статью С.С. Алексеева, давно написанную им и, в принципе, забытую научной общественностью, посвященную пониманию демократии. Известный российский правовед как будто отвечает современным политикам и авторам: «Насколько многогранна демократия? И насколько опрометчивыми бывают наши суждения, когда мы порой без разбора, недифференцированно судим о демократии и ее институтах. В демократии как порядке или режиме власти народа можно различить по меньшей мере три аспекта. Она и форма личной, индивидуальной свободы человека; и способ управления делами общества; и показатель социальной активности людей»⁹.

Проблема имитации содержания государственно-властных и управленческих структур, демократии требует специальных научных исследований со стороны юридических, политических, социологических и других наук. В данной статье лишь в общих чертах поставлены наиболее важные вопросы.

«Отчужденное государство» и «селективное государство»: есть ли связь?

«Отчужденное государство» — что понимать под этой достаточно образной метафорой, которая все чаще встречается в политической публицистике, да и научной литературе (Guliev, 2001). Ответ несложный, где-то заложен в самом вопросе. Это такое государство, образно говоря, существующее само по себе и для себя. Известно, что степень самостоятельности и независимости общества от государства может быть разной и, конечно, в современной действительности общество и государство — два разных и относительно независимых феномена. Самостоятельность определяется демократичностью государства, его политическим режимом, уровнем персонализации государственной власти и других факторов, но эти факторы определяющие. Сказанное не означает, что общество и государство должны быть независимы и двигаться по течению жизни, не соприкасаясь. Государство — продукт общества, оно создано для общества и всецело ему обязано. Аристотель неоднократно говорил о государственно-организованном обществе. Между тем истории известна и другая тенденция — обособление государства от общества, обязанностей по отношению к нему, игнорирование кадрового обновления, обложение граждан и структур общества обременительными налогами и др. Какие причины, какие обстоятельства более влияют на степень отчужденности государства? Очевидно, есть формальные обстоятельства — качество конституционных положений и даже их техническое несовершенство.

⁹ Алексеев С.С. Сила демократии и демократия силы // Литературная газета. 4 окт., 1989.

Однако это юридическая сторона вопроса. Но есть еще и такое понятие, как лидер в государстве (президент, глава правительства, король и т. д.). Может ли лидер влиять на степень отчужденности? Несомненно, да. Иначе говоря, даже в случае демократичности конституционных положений при желании можно найти немало политических, управленческих и других средств с тем, чтобы, например, в представительном органе власти присутствовали члены пропрезидентской партии и другие его сторонники. Эти примеры можно продолжить.

Итак, главный признак «отчужденности» государства — его отдаленность от общества, игнорирование его интересов и потребностей, игнорирование критики независимых СМИ, если, конечно, такие существуют. В таком государственном обществе действует принцип личного доверия при осуществлении кадровой политики, принцип «святости» лидера. Командный метод в различных его формах, вплоть до отрицательной эмоции на лице или недоумении, становится главным средством управления. Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин в этой связи верно предупреждает: «Одними командными мерами едва ли можно добиться процветания государства»¹⁰.

М.Н. Марченко справедливо пишет, что «в процессе системного познания государства не менее важным представляется держать в поле зрения и учитывать уровень относительной самостоятельности и возможной отчужденности государства по отношению к обществу» (Marchenko, 2017:38).

И вот здесь можно найти ответ на вопрос о связи или связанности «отчужденного» государства и «селективного» государства.

Под *селективностью* понимается особая форма принуждения со стороны государственной власти. Принуждение есть неотъемлемое свойство любой государственности; оно, принуждение, может быть в большей мере или меньшей, это зависит от политического режима в государственном обществе, господствующей идеологии, в конце концов — от харизмы государственного лидера.

Что же современная Россия? Что изменилось в принудительно-репрессивном механизме? Безусловно, нынешняя Конституция РФ, либеральное мышление и идеология не позволяют открытых репрессий, открытого демонстративного давления. Тем не менее, эксперты отмечают, например, следующее: «После 2012 г. регулярные репрессии в отношении политически активных граждан стали вещью привычной (иногда под них попадают и люди, не имеющие отношения к политике)»¹¹. Интересен при этом вывод: «Репрессиями власть во многом лишь способствует кристаллизации новой общественности, вычищая из нее неустойчивые и случайные элементы»¹².

Транзит власти и кадровая несменяемость

Несменяемость и «вечность» значимых руководителей — признак постсоветской реальности; возраст, здоровье, профессионализм ни при чем, главное — лояльность к системе управления. Так, к Президенту РФ обратился ректор одного

¹⁰ Зорькин В. Право будущего в эпоху цифр // Российская газета. № 8137. 16 апреля, 2020.

¹¹ Кынев А. Как власти сплотить оппозицию // Ведомости. 6 марта, 2018.

¹² Кынев А. Как власти сплотить оппозицию // Ведомости. 6 марта, 2018.

из ведущих вузов страны, пригласил на юбилей университета, попросил помощи в постройке нового общежития. И вдруг срочная новость, говорящая сама за себя: комитет Госдумы по образованию рекомендовал принять во втором чтении законопроект, позволяющий президенту продлевать полномочия ректоров Московского и Санкт-Петербургского государственных университетов неограниченное число раз. Депутаты пошли еще дальше, сообщают «Ведомости», и предложили из статьи исключить слово «дважды». Поправка была внесена, заключают «Ведомости»¹³. Что следует из этой информации? Во-первых, очевидна строгая централизованная власть, т. е. нет сомнения, что просьба ректора нашла положительный отзыв у высшей власти; во-вторых, очевидна имитационная сущность представительной (законодательной) власти; в-третьих, несменяемость, как признак властвующих структур в современном обществе, государственности, управлении; в-четвертых, очевидно сведение роли закона и законотворчества к атрибутивной части единоначалия.

В Госдуме активно проходят законопроекты, отменяющие возрастной ценз для должностных лиц и военачальников РФ, назначенных Президентом РФ. Комментарии вряд ли нужны.

Правовой инструментарий и публичная власть

Кризисные правовые явления поражают, главным образом, систему права, законотворчество, правовое сознание и т. д., о чем мне уже приходилось писать¹⁴. Конечно, «кризисная болезнь» элементов правовой надстройки имеет свои проявления и особенности. Однако, суммируя их, определяя значение дефектов и сбоев, можно ставить вопрос о кризисных тенденциях в праве.

Задача показать формы злоупотребления властью, в которых законотворческие механизмы выполняют немаловажную роль. И еще: в так называемые «нулевые» годы много писалось о том, что право — достойный антипод власти, ее сокровенной составляющей — всевластия (Alekseev, 2010: 264—265). Много было и утверждений, что принятие Конституции 1993 явилось правовой базой стабильности общества, законности и гарантированного благополучия граждан. Однако механизм внесения поправок в Конституцию РФ (апрель 2020) заставил усомниться в том, что Основной закон — авторитет абсолютный, стало очевидным.

Итак, кризисные явления могут охватывать право и иные элементы правовой надстройки. *«Корневая» часть права, его естественные основы, действующей государственной властью могут быть отодвинуты. По-другому говоря, степень участия права, его «вплетения» в позитивные нормы по-прежнему зависит от государственной власти, ее лидера.* И вот здесь подходим к главному — к связи таких социальных феноменов как власть и право? Насколько правовые средства могут использоваться для всевластия?

Может ли законодательство, его главное звено — законы, выступать средством власти? Конечно, да, и средством достижения, мягко говоря, негативных целей (Karpenko, 2012:154—166). Другого механизма и нет. А могут попираться

¹³ Мухаметшина Е. Возраст незаменимости // Ведомости. 15 ноября, 2019.

¹⁴ См., например: (Vlasenko, 2013; Vlasenko, 2015).

права граждан, населения при помощи правового инструментария? Несомненно, ответ утвердительный. Какими методами и способами это возможно?

Прямые поправки. Начнем с крайнего — принятие законов, не соответствующих Конституции, т. е. прямое поправление ее основ. Соблазн в принятии таких документов вырастает и, как очевидно, крепнет в период слабой активности Конституционного Суда РФ. Думаю, ярким примером тому является так называемое «обнуление» президентских сроков, о котором шла речь. Такого плана примеры можно продолжать. Другой пример. Самые резкие негативные отзывы экспертами были даны на законопроект о реорганизации Российской академии наук. Проект закона предложил трансформировать РАН из автономной и независимой научной организации в казенное учреждение, что, по оценкам специалистов, несовместимо со свободой научных исследований и свободой мысли, признаваемых международными договорами и конституцией. «Законопроект таранит верховенство права, чем нарушает ст. 1, 2, 15, 17, 18, 24, 35, 44 и 55 Конституции, и поэтому не имеет права на принятие, как попирающий Основной закон»¹⁵.

«Резиновые» законы. Журналисты, эксперты нередко выступают с критикой помещенных на соответствующих порталах, с целью обнародования, законодательных инициатив. «Резиновыми» публицисты называют нормативные правовые документы, содержащие оценочные и неопределенные понятия, многозначные сочетания, слова и формулы и др.

Вообще проблема использования оценочной («резиновых» понятий) терминологии в соответствующем законодательстве в последние годы встает все острее. В СМИ достаточно активно обсуждалась, в том числе депутатами, юристами, включая практиков (адвокатов и др.), формула ст. 282 УК РФ. Речь идет о понятиях «экстремизм», «вражда», «ненависть», «унижение достоинства».

Завершим сказанное следующим. Академик Ю. Пивоваров в статье, посвященной 150-летию со дня рождения П.Б. Струве, замечает: «Современные диктатуры (в т.ч. и российская) научились использовать законодательство как инструмент насилия. При этом законы теряют свое правовое содержание»¹⁶.

Власть, референдум, выборы

Проблема референдума юридической наукой не разрабатывается, нет правореализационной практики; последний российский плебисцит состоялся в 1993 г., когда принималась Конституция РФ. Конституционные поправки 2020 в полной мере референдумом вряд ли можно назвать. Замечу, что в некоторых учебниках по теории государства и права референдум, как форма законотворчества, не упоминается вообще. Авторы можно понять: этот институт демократии является неработающим, и писать о нем, и вещать о нем студентам нет смысла.

Между тем законодательство о референдуме развивается. Однако его динамика, по оценкам экспертов, идет в сторону усложнения осуществления данного права. Как тут не вспомнить Г. Еллинека, отмечавшего, что не всякое

¹⁵ Бордунов В. Верховенство власти над правом // Ведомости. 2013, 4 сент. (автор — профессор, член Российской Ассоциации международного права).

¹⁶ Пивоваров Ю. Государство и диктатура // Новая газета. 21 дек., 2020.

изменение в государственно-правовой сфере, — развитие. Б. Вишневский по этому поводу отмечает следующее: «У темы два измерения: юридическое и политическое. В юридическом измерении проведение общероссийских референдумов — чрезвычайно сложный квест, где «мины» подстерегают на каждом шагу. При этом инициатор референдума как сапер — ошибается только один раз. Любая ошибка — фатальна и влечет за собой прекращение процедуры»¹⁷. Далее автор разбирает «пошаговые» дела желающих провести такое мероприятие.

О динамике избирательного законодательства. Прежде отметим следующее. По внешнему наблюдению, самую большую динамику, по мнению специалистов, в Российской Федерации переживает налоговое законодательство, и с объяснениями этого факта не поспоришь — нестабильная экономика с «сырьевым креном», международные санкции, пандемия, никак не вписывающаяся в бюджет страны, обострившиеся отношения с Европой и др. Конечно, в этих условиях налоговое регулирование должно варьироваться, быть гибким, и, что называется, выручать государство. Между тем и избирательное законодательство не отнесешь к стабильному и несменяемому. Конечно, темпы здесь не налоговые, но и не увидишь динамику, движение, иногда и хаотичное, невозможно. По данным СМИ, на 1 июня 2020 г. в избирательное законодательство за период с 1994 г. было внесено 2 641 изменение и дополнение.

Возникает вопрос — насколько необходима постоянная трансформация избирательного законодательства? Нуждается ли стабильный политический режим в постоянной перетряске избирательных законов и подзаконных нормативных правовых актов? Ответ на эти вопросы достаточно простой. В обществе и государстве со стабильной политической системой избирательное законодательство также должно быть незыблемым и, если вносятся в него поправки, то, как правило, их адресуют следующему этапу выборов. По этому поводу можно спорить, что-то уточнять, но в любом случае бесконечное манипулирование положениями законодательства о выборах не есть позитивная черта государственной власти, политического режима в целом.

В этой связи эксперты справедливо отмечают, что в Конституции России почти ничего не сказано об организации выборов, этот вопрос отдается законодателям...¹⁸. Модернизированная в 2020 г. Конституция РФ эту проблему, к сожалению, также не затронула.

Подведем итоги. Референдум(ы) и выборы — важнейшие составляющие демократического политического режима. Относительно референдума заметим следующее. Я не склонен, как некоторые авторы, превозносить его как средство противостояния единоличной власти и т. д.

Венецианская комиссия сделала обобщение в части проведения референдумов в девяти странах (Беларуси, Украине, Лихтенштейне и др.) за последние 2—5 лет и отметила следующее: «Комиссия выражает обеспокоенность тем, что большинство перечисленных референдумов направлены на концентрацию власти и снижение контроля со стороны парламента. Кроме того, Венецианская комиссия рассмотрела референдумы, не вызывающие подобных опасений,

¹⁷ Вишневский Б. Требуется невозможного // Новая газета. 27 июля, 2019.

¹⁸ Корня А., Бочарова С. Конституция выше выборов // Ведомости. 6 февр., 2014.

например, референдум о самоопределении в Черногории»¹⁹. Если судить по высказываниям Секретариата Венецианской комиссии, референдум — очень деликатный политический институт, использование которого предполагает крайнюю осторожность и технологическую выверенность.

Вывод, который напрашивается, достаточно жесткий. Любая действующая власть, как уже отмечалось, стремится к стабильности и постоянству. Поэтому для нее такие политические институты, как референдум, выборы, ротация и др. не актуальны и где-то опасны. Другое дело, когда стабильная конституция, избирательное законодательство, соответствующие традиции, тогда и не встает вопрос — можно ли как-то уйти от выборов и нужно ли? и т. д.

Государственно-социалистическая экономика?

Ошибка в политике реформ 90-х состояла в абсолютизации идеи «свободного рынка». Тогда только и слышали — рынок все отрегулирует, борьба за качество продукции будет определяться конкуренцией; рынок — лучший регулятор спроса и потребления и т. д. Таким образом, отрешение государства от экономики идеологически и стимулировалось, и было оправдано.

По существу, произошло «горькое расслоение» — рынок процветал, «жирели» дельцы от рынка — товар, по преимуществу зарубежный, приносил деньги — и снова товар из-за рубежа, и вот они, вырученные деньги, уходящие по преимуществу также за рубеж. Собственность и производственные мощности, как ключевое звено любой, в том числе российской, экономики, быстро стали приходить в негодность, а если учесть тот факт, что промышленные стандарты так называемого «советского образца» потребительскому спросу не отвечали или мало отвечали, т. е. промышленность не перестроилась и сделать этого она попросту не могла — никто в этом не был заинтересован. Государство, подчеркиваю, ушло в сторону. Государственная политика, еще раз отметим, на этот счет отсутствовала полностью. Объяснение идеологов-рыночников было неустанно одно — рынок заставит собственника беспокоиться о модернизации производства. В общем «рынок», подчеркнем, если судить со слов идеологов Б.Н. Ельцина, все решит, и государству ничего делать не надо. Ну, кроме лицензирования, выделения квот и др. Как говорить, российские чиновники спрятались от проблем, с одной стороны, с другой, начинает ни по дням, а по часам произрастать коррупционная опухоль. Чиновники, например, работающие в региональных комитетах по имуществу, по лесу, недрам и др., просто на глазах изменились: сытость, внешняя респектабельность, квартиры, машины. Особенно комфортно зажили ведомства по лесу, недрам, как отмечалось, имуществу, региональные фонды (дорожные) и др.

К концу 90-х отчуждение государства от экономики достигло эпогея.

Прошло определенное время. Можно ли нынешнюю экономику назвать рыночной, определить роль государства в ней? Очень сложно, резкий «прыжок» в «рыночный капитализм» мало что принес, если не сказать большего. В то время

¹⁹ См. подробнее: (Khabrieva, 2020:207).

верилось, что экономика развитого социализма, напоминая государственный капитализм, с легкостью станет рыночной и сразу же принесет прибыль. Такого не случилось. В этой связи эксперт В. Рыбин пишет: «Россия не переживает рыночную модель... Россия слишком неоднородна во всех отношениях, от природных и географических до этнических и духовных, чтобы быть совместимой с капитализмом»²⁰. Трудно сказать, насколько справедлив вывод автора на будущее. Но и возразить пока сложно.

Между тем реальные доходы населения сокращаются, покупательская способность упала, особенно на мебель, одежду, транспорт и многое другое — то, что можно приобрести благодаря достойной заработной плате и недолгосрочным накоплениям. Экономисты отмечают — экономика в последние пять лет не демонстрирует заметного роста; в лучшем случае 2 % годовых. Об этом свидетельствуют и статистические данные Правительства РФ за 2020 г. о развитии экономики России, о которых уже шла речь²¹.

О сложной ситуации в экономике России в своей лекции перед выпускниками в НИУ «Высшая школа экономики» председатель Счетной палаты Алексей Кудрин сказал следующее: «Страна в застое, а причина этого — недостаточность структурных реформ и зависимость нашей экономики от экспорта сырья»²².

И вот здесь встает главный вопрос — по существу гвоздь, вокруг которого требуется и должно найти ответ. Речь о ролевой модели российской государственности в экономике, его стратегическом значении в выработке экономической политики — политики, способствующей росту благосостояния, экономического расцвета и безопасности.

Можно ли современную экономику назвать *госкорпоративно-социалистической* и, соответственно, характеризовать *социалистической*?

Настоящий период — это период укрепляющейся изоляции от глобальной экономики и медленной стагнации отечественной. Коронавирусная ситуация, неожиданно свалившаяся на плечи нашего хозяйства, как очевидно, будет только противодействовать его развитию. Таким образом, тенденция хорошо просматривается, государственная доля экономики будет увеличиваться, роль госзаказов будет расти.

Из сказанного следует, что одним из признаков экономического управления в стране явилось разделение экономики по принципу специализации госкорпораций. Реальное управление стало подменять так называемое общее видение экономики, с этим утрачивается свобода и усмотрение в управлении экономическими процессами. Госкорпорации стали строить «заборы» в своей сфере.

Огосударствление экономики идет полным ходом, контроль этого процесса практически не ведется, о чем свидетельствуют данные Счетной палаты России. Деятельность 90 % акционерных обществ (АО) с госучастием на сегодняшний день практически не контролируется. Сколько в России ФГУПов, как, впрочем,

²⁰ Рыбин В. Что с нами происходит? // Литературная Россия. 5 мая, 2017.

²¹ Основные показатели социально-экономического положения субъектов Российской Федерации в 2020 году // Российская газета. № 8403. 12 марта, 2021.

²² Шмаров А. Реструктуризация реформ // Ведомости. 15 июля, 2020.

и АО с госучастием, также никто не знает. Данные Росимущества, Росстата и ФНС России разнятся (из доклада Счетной палаты России)²³.

Академики РАН А.Г. Аганбегян, Б.Н. Порфирьев, член-корреспондент РАН А.А. Широков и др. в своем докладе «О преодолении текущего кризиса и путях развития экономики России» печально констатируют следующее: «Прогноз к концу 2020 г. — рост смертности на 250 000 человек в сравнении с 2019 г., или на 15% больше, что является самым высоким индикатором среди стран мира. Не говоря уже о гуманитарном и социальном измерении людских потерь, экономический эквивалент (в терминах стоимости человеческого капитала) оценивается в 4,8% ВВП, что сопоставимо с ожидаемым в 2020 г. снижением ВВП». Авторами предлагается целый ряд мер под общим тезисом необходимости серьезной перестройки в экономической сфере России. В материале академиков немало интересных предложений и по приватизации, и механизму ценообразования, роли государственных структур в обеспечении эффективности современной экономики России, неэффективности управления региональным развитием, чрезмерной концентрации финансовых и интеллектуальных ресурсов в Москве и Санкт-Петербурге и др.²⁴.

Коррупция как обыденность, компонент культуры, средство управления

Проблеме коррупции посвящена огромная научная литература по различным сферам знаний. Автор этих строк также принимал участие в исследовании этого феномена. Анализ источников показывает, что практически все ученые исходят из одного: коррупция — это зло, это серьезный отрицательный фактор для любого государства и общества, и без преодоления этого явления невозможно прогрессивное развитие общества, с чем нельзя не согласиться²⁵. Однако вопрос в другом. Коррупция — явление известное, исторически возникло, как отмечают эксперты, с появлением цивилизации²⁶. Другое дело — ее масштабы, уровень, формы проявления и использования. В этом корень проблемы²⁷. Между тем отечественные исследования все под одну гребенку: коррупция — это отвратительно, с ней нужно бороться правовыми, нравственными и др. средствами.

На самом деле, коррупция стала не только обыденным явлением, но и *средством управления* в обществе, а значит, как бы того не хотели, неотъемлемым элементом национальной культуры. Другой подход к коррупции, в частности в России, позволит увидеть картину государственной и общественной действительности более широко, объемно и предметно. В связи со сказанным интересно

²³ Подробнее: Государственные компании стали удельными княжествами. Режим доступа: <https://news.mail.ru/politick/43125262/frommail=1> (дата обращения: 01.05.2021).

²⁴ См.: Доклад «О преодолении текущего кризиса и путях развития экономики России» Интернет-ресурс; см. также: Маврина Л. Академики зовут на перестройку // Ведомости. 1 февр., 2021.

²⁵ См., например: (Khabrieva, 2012); на этом построена книга «Антикоррупционное правовое воспитание. Научно-практическое пособие» (Pashentsev, 2020).

²⁶ Об истории коррупции см., например: (Dakhov, 2012:5—12).

²⁷ О масштабах коррупции, см., например, аналитический материал А. Соколова (Институты без развития // Ведомости. 2 марта, 2021). Автор отмечает: «В российские институты инновационного развития за 15 лет был вложен почти 1 трлн. руб. Но к успеху это не привело». Автор наглядно продемонстрировал коррупционные схемы, выявленные правоохранительными органами.

обратить внимание на суждения русского мыслителя и революционера, одного из теоретиков анархизма М.А. Бакунина. «Коррупция, — отмечает мыслитель, — не изобретение бонапартизма; она возникла с появлением первого в истории политического государства, но именно в наши дни стала *политическим институтом государства*» (курсив наш. — *Н.В.*) (Bakunin, 1990:61). Мы сможем понять, что коррупция там, где чрезмерная бюрократизация, там, где излишнее праворегулирование, где-то и агрессивное, где, подчеркнем, чрезвычайно плотная юридическая регламентизация экономики и хозяйствования. Наверное, при таком подходе многое станет понятным в плане объяснения природы обыденной, бытовой, так называемой «мелкорозничной» коррупции и коррупции как принципа управления.

Однако, сто раз подчеркиваю и хочу быть правильно понятым, я не сторонник коррупции и не ее защитник. Я лишь за изменение угла зрения на ее исследование, за реальную оценку ее роли в обществе и экономике, предпринимательстве, в бизнесе в целом и в бытовом укладе России.

В настоящее время очень много пишут о непобедимости коррупции и ее природы, выработке эффективных антикоррупционных средств²⁸. Я убежден в другом — России нужна серьезная модернизация, доведение до уровня, чтобы все политические институты не имитировали государственную работу, а функционировали реально в соответствии со своей природой. Тогда для коррупции места, если и останется, то не очень много. Сегодня в денежном выражении о потерях по причине коррупции вряд ли кто-то скажет определенно. Интервью А.И. Бастрыкина «Российской газете» от 15 января 2021 г. не позволяет говорить о снижении темпов роста коррупции в стране, в частности, интервьюируемый говорит о 90 тыс. уголовных дел, возбужденных за последние 10 лет и др.²⁹ Однозначно заметим, что еще в 2015 г. «Ведомости» писали, что объем деловой коррупции в 2013 г. составил 1,93 трлн руб.³⁰, а количество уголовных дел измерялось лишь сотнями.

Э. Панеях в связи со сказанным отмечает следующее: «Российская коррупция давно привлекает внимание исследователей и считается одной из самых ярких особенностей российского государства и одним из главных тормозов развития страны»³¹. Пожалуй, точнее не скажешь.

Завершая, еще раз подчеркнем, что в природе коррупции никакой загадки нет, как это иногда полагают, кивая на природу человека, национальные особенности и традиции. Несомненно, одно — уровень коррупции *зависит от уровня демократии*: чем больше демократии и толерантности, прозрачности и доверия, а также уважения к праву, тем меньше коррупционная составляющая. Словом, уровень коррупции прямо зависит от уровня и качества демократии.

²⁸ Аптекарь П. Непобедимая коррупция // Ведомости. 15 марта, 2018; Шумаков И. Почему России не поможет новый антикоррупционный план // Ведомости. 24 июля, 2018.

²⁹ Козлова Н. Десять лет не срок // Российская газета. № 8357. 15 января, 2021; см. также: Куликов В. Взятки меньше, но чаще // Российская газета. № 8444. 29 апреля, 2021.

³⁰ Корня А. Коррупция — не главное // Ведомости. 10 февр., 2015.

³¹ Панеях Э. Коррупция как основа экономики // Ведомости. 24 апр., 2014.

Суд и пирамида власти

Судебная власть — неоспоримая ценность общества, его надежда и его гарантия. Именно по самостоятельности и независимости судебной власти, ее системы всегда измерялось и качество государственности, стабильность прав и свобод граждан, синхронность и баланс работы самой государственной власти, ее аппарата.

Г. Еллинек, исследуя воззрения на теорию народного суверенитета, тонко заметил, что принцип разделения властей имеет второстепенное значение, ибо все власти первоначально принадлежат народу и переносятся на органы только посредством конституции (Elinek, 2004:482). Далее автор рассуждает о «центре» власти и ведет речь о монархе либо народе. При этом критикует Канта, его идею признания государственной власти в «трех лицах», заключая, что каждый орган государства представляет, в пределах своей компетенции, государственную власть (Elinek, 2004:482).

Итак, что важно почерпнуть из строк Г. Еллинека.

Государственная власть по своей природе должна быть едина, что предопределено либо монархической природой власти, либо народным представительством. Ни одна власть при этом не может и не должна забывать о святости этого тезиса, и замыкание ее в «одном лице» нарушает природу истоков всех ветвей власти, приводит к абсолютизации, кооперативному принципу функционирования, *самоуничтожающей* замкнутости.

В. Зорькин в свое время справедливо писал о реформах Б.Н. Ельцина и их последствиях, в частности отмечая, что это привело к «...коррупционному сращиванию существенной части бизнеса с государственной бюрократией, и низкой конкурентоспособности российской судебно-правовой системы по сравнению с правовыми системами других стран»³².

Самое печальное для современной российской государственности то, что суд, судебная система вписаны в иерархию, пирамиду исполнительной власти. Выше отмечалось, что так называемая истина власти, ее предназначение и ценность — в самостоятельности и независимости и четком выполнении своих функций. Нет этого — парализуется принцип ее разделения, нарушается баланс между ветвями власти, граждане теряют гарантии соблюдения и защиты своих прав. Встроенная в вертикаль исполнительно-распорядительной государственности, судебная власть утрачивает свободу усмотрения, она становится частью, видением генеральной власти. В этой ситуации споры и пожелания ученых, общественности, чтобы судебные дела распределял компьютер или «тройка» судей (ежегодно сменяющаяся, по примеру Испании) и т. д. — бесплодны и бесполезны. Надо понять простое: если судебная власть — необходимое звено единой вертикали власти, было нелепо механизм распределения «важных» судебных дел сделать независимым от председателя суда, всецело оглядывающегося на президентские и правительственные структуры. Ученые-юристы, общественные деятели предлагали и предлагают немало так называемых «шагов» по приданию

³² Зорькин В. Правовое регулирование экономики: глобальные тенденции и российский опыт // Российская газета. № 5797. 1 июня, 2012.

независимости судебной системы³³. В условиях крепнущей имитационной государственности и ее институтов вряд ли это будет иметь перспективу.

Одновременно крепнут другие тенденции. Прежде всего *несменяемость* так называемой судебной верхушки, что является гарантией «правильного» рассмотрения хозяйственных и иных дел. При жесткой иерархии судебной системы, абсолютной подконтрольности председательского корпуса это в общем не сложно, еще и потому, что каждый судья помнит свою зависимость от председателя, кадровиков и силовиков генеральной власти³⁴. В Государственной Думе на эту тему никаких споров: либо, действительно, не замечают, что происходит, либо парламентское место дороже. Конституционную ветвь власти в последние годы постигла та же участь. В забвение ушли «особые мнения», ротация, уже не говоря о решениях вопреки управленческой системе.

Федерализм нуждается в новой концепции

Начну с того, что в России реального федерализма никогда не было, его нет и сейчас. Я далек от того, чтобы отрицать отдельные демократические паузы истории Российского государства, когда вдруг замаячили надежды на региональную самостоятельность. Безусловно, не считаю, что федеральное управление с акцентом на «свободу» регионов должно быть доведено до абсурда и головотяпства, растерзания страны на самостийные куски. Иногда думаю, что в царской, имперской России отдаленным окраинам прав было предоставлено значительно. Этот момент в специальной юридической литературе слабо исследован.

Реальный федерализм должен быть защищен и гарантирован законодательством, конституцией и судебной и правоохранительной системой. Федеральная политика должна обновиться и выстроиться, по крайней мере, по трем направлениям — экономическому, и здесь приоритетом должно быть справедливое распределение экономических доходов; политическому — прежде должно быть связано с достаточной независимостью руководства региона, речь идет о губернаторе, о реальном представительстве субъекта федерации в Совете Федерации (и это должно быть исключительно правом региона); социальному направлению — это люди, их качество жизни. И не надо строить социальное государство с огромным управленческим аппаратом, а нужно оставлять для этих целей денежные средства на местах и, конечно, контролировать эффективность их расходования.

Государственную политику развития субъектов федерации, создания реального федерализма нужно продолжать, также как и продолжить развивать институт федеральных территорий, не входящих в субъекты федерации (студенческие городки, научные округа, военные объекты и базы и т. д.). Словом, федеральное строительство в России нуждается в *новой концепции*, согласно которой произошло бы укрупнение субъектов Федерации (их не надо много), получили

³³ См., например, Куликов В. Логика наказаний. Михаил Барщевский: хороший закон быстро не напишешь // Российская газета. № 8345. 24 декабря, 2020.

³⁴ Проблема «отбора» судей хорошо проиллюстрирована Дмитриевой А. См.: Общественный отбор судей // Ведомости. 22 марта, 2018.

бы развитие федеральные территории, оживилась бы практика договорных отношений и др. Центральный бюрократический аппарат, разросшийся до невиданных размеров, необходимо сокращать, а регионы должны получить реальное право на собственное управление.

И еще об одной, но достаточно важной детали. Можно ли говорить о реальном, экономически полномесном федерализме при дефиците бюджета? Как уже сообщалось, в Российской газете опубликованы официальные правительственные данные под названием «Основные показатели социально-экономического положения субъектов РФ в 2020 году»³⁵. Эксперты провели анализ, подсчитали и сообщили следующее: «По итогам прошлого года (имеется ввиду 2020 г. — Н.В.) в разы увеличилось количество регионов с дефицитным бюджетом. Если в 2019 г. Таковых было 32, то в 2020 уже 60»³⁶. В этой связи обращает на себя внимание одно из положений упомянутого Доклада А.Г. Аганбегяна и др. «О преодолении текущего кризиса и путях развития экономики России», где сказано буквально следующее: «В коренной реформе нуждается управление региональным развитием. Подавляющая часть регионов переведена на самую дестимулирующую систему финансирования — дотационную (курсив наш. — Н.В.). Между тем большинство предприятий и организаций регионов отчисляют в федеральный бюджет намного больше налогов, чем регион получает трансферов из центра (такая ситуация сложилась в примерно 50 регионах страны). Эти регионы могут после тщательной подготовки перейти на систему самокупаемости, самофинансирования, самоуправления, на которых зиждется федеральная система в других государствах. Лучше всего она организована, на наш взгляд, в Германии и Канаде». Пока эти идеи остаются незамеченными.

О стратегическом планировании и контроле

В связи со сказанным встает вопрос о государственном стратегическом планировании, теоретической подготовленности деятельности государства, его органов ко всякого рода вызовам. Надо согласиться с А.Г. Хабибулиным и А.И. Селивановым в том, что «после обрушения систем государственного планирования в 1990-е гг. не создана целостная государственная система эффективного научного, экспертно-аналитического и информационного сопровождения принятия управленческих решений ни на федеральном, ни на региональном, ни тем более на муниципальном, ни на отраслевом уровнях» (Khabibulin & Selivanov, 2008:136). Думаю, какие-либо комментарии здесь не требуются. Будет ли что-то в механизме государства создаваться, пока неясно.

Нет сомнения в том, что одной из характерных черт современного российского государства является бездеятельность и где-то пренебрежение к исконным началам государственности, каким является контроль. Возникает вопрос: почему контроль так ослаб, почему и по всем ли направлениям одинаковая ситуация? Какова роль коррумпированной составляющей?

³⁵ Основные показатели социально-экономического положения субъектов Российской Федерации в 2020 году // Российская газета. № 8403. 12 марта, 2021.

³⁶ Подробнее см.: Кошкина А. Регионы поиздержались // Ведомости. 19 марта, 2021.

Справедливости ради надо сказать, пока писались эти строки, в свет вышел Федеральный закон «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации»³⁷. Нормативный правовой документ достаточно обстоятельный, и я бы сказал — жесткий. Теперь дело в его исполнении. Пожелаем закону доброго пути.

Заключение, или о политическом режиме

М.Н. Марченко, осуществив широкомасштабное сравнительное исследование советской и постсоветской государственности, пришел к выводу: «Вопрос о разработке новой модели и концепции государства с опорой на системный метод и иные подходы в настоящее время встает не только в отношении российского постсоветского государства, но и в отношении, хотя и по иным причинам, других государств» (Marchenko, 2017:32). С этим нельзя не согласиться.

В понимании государства каждый человек, по крайней мере, исходит из двух презумпций, контуры которых проглядывают в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Речь идет о вещи достаточно простой, но очень важной — *добросовестность* государства во всех делах, во всех начинаниях. Однако добросовестность в этом случае нельзя понимать как некую абстракцию, — нет. Она имеет конкретное воплощение в делах и поступках, прежде всего высших лиц в государствообразующем механизме. Если действия таких лиц недобросовестны, имеют какие-то другие цели, то это предполагает привлечение к ответственности — конституционно-политической, вплоть до уголовной. Презумпция, охваченная великим началом добросовестности, сводится к законным, правовым целям, поставленным государством. Неправовые цели — цели, «запрятанные» предлогами благовидности, пожелания обществу, конкретным людям некоего успеха и благополучия, не только аморальны, но имеют налет антиконституционности.

И еще: задаюсь вопросом — нужно ли было столько времени тратить на размышления в связи с книгами Аристотеля, Г. Еллиника и др.? Не остались положения этих гениальных работ вне раздумий о постсоветской государственности, в частности российской, и не только. Думаю, нет, бесполезно искал я ответы на свои вопросы, и завершая свое видение указанных проблем, обратим внимание на следующее.

Аристотель видел государство как целостную общность, образованную общением, проводил мысль о связи добродетели и государства, счастья и государства. Исследование показало — в России, и советской, и постсоветской, государственность характеризовать как целостную общность, в основе которой общение нации, нельзя. Надежды начала 90-х гг. прошлого века не оправдались, революция и ельцинская Конституция породили сверх централизованную государственную машину, где население в большинстве случаев вне общения с ней. Возможно, этот вывод очень строг, безапелляционен, но он верен. Государственные добродетель и счастье — пока только мечты. А вот идея *отклоняющегося*

³⁷ Федеральный Закон «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» // Российская газета. № 171. 5 августа, 2020.

государства, как наихудшего вреда для его населения где-то очевидна и требует пристального внимания и оценок специалистов.

Г. Еллинек с прозорливостью отметил связь человеческих интересов и государства, психологическую тенденцию человека упрочивать себя, продолжая свой путь, и в этой связи использовать такое средство, как государственная власть. Разве сегодня не видны тенденции политической постельцинской элиты любыми способами укрепиться у власти? Разве не верен вывод Еллинека о том, что организованная политическая группа может просуществовать долго, если будет связана с государством?

И еще одна мысль г. Еллинека, которую государствоведы, конституционалисты нередко выпускают из вида. Речь идет о том, что не всякое изменение в учреждениях государства есть их развитие. Здесь уместно привести слова А.А. Проханова: «Государство проигрывает, когда не развиваемся, стагнирует. А такие симптомы есть. Стагнируют и ученые, и олигархи, и рабочие, и я стагнирую вместе с государством, допустившем явление чудовищных раковых опухолей, именуемых новой буржуазией или новым олигархатом»³⁸. И вот здесь возникает вопрос: конституционные модернизации — всегда развитие государственности? На этот вопрос полный и глубокий ответ, например, в связи с преобразованием Конституции России 2020 г. должны дать ученые-конституционалисты. За ними слово.

Думается, что сказанное говорит в пользу следующих оценок политического режима России.

Политический режим не есть нечто независимое от государственной власти, ее механизма. Более того, данная категория зависит, производна от других более «мощных» по своей функциональной принадлежности (государственная исполнительная власть, президент и т. д.) политических институтов. Политический режим — во многом результат правовой политики, политических традиций, принятых управленческих решений, развития законодательства и др. Вряд ли можно говорить о его положительной динамике в условиях выстроенной жесткой вертикали государственной власти, отсутствии ее регулярной сменяемости, кадровой «незыблемости» и неприкосновенности, причем данная традиция распространяется на регионы, муниципалитеты, хозяйственные структуры, вузы и т. д. Политика сохранения имеющейся государственной властной структуры, ее кадрового потенциала является ключевой. Итак, со всей очевидностью можно сказать, что нынешний политический режим *лидерский, с укреплением авторитарных начал*. Если спрашивать, демократический ли он? Думаю, таковым его назвать — это слукавить. Скорее его можно охарактеризовать как *авторитарный*, с сохраняющимися демократическими составляющими, я бы сказал — «вкраплениями», медленно уходящими.

Итак, политический режим в России, его динамика требуют пристального внимания со стороны ученых-правоведов. Однако явные тенденции просматриваются с очевидностью — это ограничение прав и свобод человека, укрепление лидерских начал, укрепление авторитаризма собственников и управленцев.

³⁸ Проханов А. Только развитие может объединить Россию // Литературная газета. 3—9 марта, 2021.

Проблема политического режима в современной России глобальна, здесь немало водоворотов, событийности и др. Однако тенденция на ограничения социальной и политической активности очевидна. К сожалению, юридическая наука на этот счет пока отмалчивается.

Следует подчеркнуть, Россия, ее государственность — в глубоком кризисе. Для его преодоления нужны не только политическая воля, но и хорошая научная платформа. Пока юридическая наука от кризисных проблем в большинстве уходит, их «не замечает». Однако рано или поздно общество и государство обратятся к юридическому сообществу за помощью, но арсенала рекомендаций не будет, и все придется разрабатывать, что называется, с колена, что крайне нежелательно. И в отечественной истории это уже было.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (2010) *Notes on Philosophical Problems*. Collected works. Vol. 9. Journalism. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Заметки по философским проблемам // Собрание сочинений. Т. 9: Публицистика. М.: Статут, 2010. 504 с.
- Aristotel', (1984) *Politics*. Collected Works in 4 vols. Vol. 4. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Аристотель. Политика // Собр. соч. в 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1984. 444 с.
- Bakunin, M.A. (1990) Corruption. About Machiavelli. Development of statehood. *Philosophy questions*. (12), 53—66. (in Russian).
Бакунин М.А. Коррупция. О Макиавелли. Развитие государственности // Вопросы философии. 1990. № 12. С. 53—66.
- Baranov, V.M. & Vlasenko, N.A. (2019) Metaphors in Law: Methodological Danger and Perspective. Legal science and practice. *Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. (1), 11—25. (in Russian).
Баранов В.М., Власенко Н.А. Метафоры в праве: методологическая опасность и перспектива. Юридическая наука и практика // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2019. № 1. С. 11—25.
- Chanyshev, A.M. (1987) *Aristotel'*. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Чанышев А.М. Аристотель. М.: Мысль, 1987. 221 с.
- Dakhov, I.G. (2012) *Anti-Corruption Fundamentals*. Moscow, NII SP Publ. (in Russian).
Дахов И.Г. Основы противодействия коррупции. М.: НИИ СП, 2012. 114 с.
- Denisov, S.A. (2018) *Imitation of the constitutional order*: in 4 vols. Yekaterinburg, Humanitarian University. (in Russian).
Денисов С.А. Имитация конституционного строя: в 4 кн. Екатеринбург: Гуманитарный университет. 2018. 281 с.
- Dolfsma, V. (2017) *State failures. Society. Markets and rules*. Translation from English by Kapturevsky Y.; Kadochnikova D. (ed.). Moscow, of the Gaidar Institute Publ. (in Russian).
Долфсма В. Провалы государства. Общество. Рынки и правила / пер. с англ. Ю. Каптуревского; под науч. ред. Д. Кадочникова. М.: Изд-во Института Гайдара, 2017. 256 с.
- Ellinek, G. (2004) *General doctrine of the state*. Saint Petersburg, Legal Center Press Publ. (in Russian).
Эллинек Г. Общее учение о государстве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 752 с.
- Guliev, V.E. (2001) Proto-democratic statehood: axiological phenomenology of alienation. *Law and politics*. (5), 4—13. (in Russian).
Гулиев В.Е. Протодемократическая государственность: аксиологическая феноменология отчуждения // Право и политика. 2001. № 5. С. 4—13.

- Karpenko, A.S. (2012) Aristotle and Lukasiewicz on the law of contradiction: contra et pro. *Voprosy filosofii*. (8), 154—165. (in Russian).
Карпенко А.С. Аристотель и Лукасевич о законе противоречия: contra et pro // Вопросы философии. 2012. № 8. С. 154—165.
- Khabrieva, T.Ya. (ed.) (2012) *Corruption: nature, manifestations, opposition*. Monograph. Moscow, Yurisprudentsiya Publ. (in Russian).
Коррупция: природа, проявления, противодействие: монография / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М.: Юриспруденция, 2012. 688 с.
- Khabrieva, T.Ya. & Klishas, A.A. (2020) *Thematic commentary to the Law of the Russian Federation on the Amendment to the Constitution of the Russian Federation N 1-FKZ of March 14, 2020 On improving the regulation of certain issues of the organization and functioning of public authorities*. Moscow, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Хабриева Т.Я., Клишас А.А. Тематический комментарий к Закону Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти». М.: Норма: ИНФРА-М, 2020. 240 с.
- Khabrieva, T.Ya. (ed.) (2020) *Venice Commission on Election and Electoral Technologies*. Khabrieva T.Y., Kovler A.I., Fokin E.A. etc. Moscow, The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. (in Russian).
Венецианская комиссия о выборах и избирательных технологиях / Т.Я. Хабриева, А.И. Ковлер, Е.А. Фокин и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2020. 400 с.
- Khabibulin, A.G. & Selivanov, A.I. (2008) *Strategic security of the Russian state: political and legal research*. Moscow, Formula Prava Publ. (in Russian).
Стратегическая безопасность Российского государства: политико-правовое исследование / Селиванов А.И., Хабибулин А.Г. М.: Формула права, 2008. 360 с.
- Lazarev, V.V. (ed.) (2006) *History of state legal doctrines*. Textbook. Baskin Yu.Ya., Kornev A.V., Lazarev V.V., Lipen S.V., etc.; Moscow, Spark Publ. (in Russian).
История государственно-правовых учений: учебник / Баскин Ю.Я., Корнев А.В., Лазарев В.В., Липень С.В. и др.; отв. ред.: В.В. Лазарев. М.: Спарк, 2006. 672 с.
- Lenin, V.I. (1949) *State and revolution*. Collected Works. Vol. 25. Moscow, Politicheskoy Lititerature Publ. (in Russian).
Ленин В.И. Государство и революция // Собр. соч. 1949. Т. 25. М.: Изд. Полит. Лит. 675 с.
- Marchenko, M.N. (2017) *Soviet and post-Soviet state and law: a comparative legal study*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Марченко М.Н. Советское и постсоветское государство и право: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2017. 365 с.
- Obichkin, G.D. (1980) *Treasury of Marxist-Leninist ideas about the state*. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Обишкин Г.Д. Сокровищница марксистско-ленинских идей о государстве. М.: Мысль, 1980. 164 с.
- Pashentsev, D.A. (ed.). (2020) *Anti-corruption Legal Education: Scientific and Practical Guide*. Pashentsev D.A. (ed.). Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
Антикоррупционное правовое воспитание: научно-практическое пособие; под ред. Д.А. Пашенцева. М.: Проспект, 2020. 144 с.
- Polyakov, A.V., Kozlikhin, I. Yu. & Timoshina, E.V. (2007) *History of political and legal doctrines*. Saint Petersburg, Academy Publ. (in Russian).
История политических и правовых учений / Поляков А.В., Козлихин И.Ю., Тимошина Е.В. СПб.: Академия, 2007. 288 с.
- Vlasenko, N.A. (2013) Crisis of Law: Problems and Approaches to Solution. *Journal of Russian Law*. (8), 44—54. (in Russian).

Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 44—54.

Vlasenko, N.A. (2015) *Reasonableness and certainty in legal regulation*. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).

Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М.: Инфра-М, 2015. 157 с.

Об авторе:

Власенко Николай Александрович — доктор юридических наук, Заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-9548-3396

e-mail: vlasenko-na@rudn.ru

About the author:

Nikolay A. Vlasenko — Doctor of Legal Sciences, Honored Lawyer of the Russian Federation, Full Professor of the the department of Theory of Law and State, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-9548-3396

e-mail: vlasenko-na@rudn.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-506-526

Научная статья

Концепт «сильное государство» в политико-правовом измерении

А.А. Малиновский  

Московский государственный институт международных отношений (Университет)
Министерства иностранных дел РФ,
г. Москва, Российская Федерация
Российская академия наук,
г. Москва, Российская Федерация
 Dr.malinovsky@yandex.ru

Аннотация. Концепт «сильное государство» в общей теории государства и права изучен недостаточно обстоятельно. В политологии, науке административного права и в международно-правовых учениях данный концепт рассматривается преимущественно с геополитических, военно-стратегических и политико-управленческих позиций. В представленной статье осуществляется теоретико-правовой анализ концепта сильного государства. В методологическом плане автор придерживается подходов политического реализма и реалистической теории права, которые направлены не на построение модели идеального сильного государства, а на изучение реально функционирующих сильных государств со всеми их достоинствами, проблемами и противоречиями. Под сильным государством предлагается понимать государство, которое эффективно использует любые правовые средства для осуществления возложенных на него функций в собственных политических интересах. В статье в формате научной дискуссии анализируются признаки и критерии сильного государства, характеристики права силы. Предметами исследования также являются: проблема легитимности сильного государства; категория «великая держава» и процесс правовой экспансии.

Ключевые слова: сильное государство, право силы, право меча, доктрина «Большой дубинки», функции государства, великая держава, правовая экспансия

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 27 апреля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Малиновский А.А. Концепт «сильное государство» в политико-правовом измерении // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 506—526. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-506-526

© Малиновский А.А., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

The concept of “strong state” in the political and legal dimension

Aleksey A. Malinovsky  

Moscow State Institute of International Relations of the Ministry
of Foreign Affairs of the Russian Federation (MGIMO University),
Moscow, Russian Federation
Russian Academy of Sciences,
Moscow, Russian Federation
Dr.malinovsky@yandex.ru

Abstract. The concept of “strong state” in the general theory of state and law has not been studied in sufficient detail. In political science, the science of administrative law and in international legal doctrines, this concept is considered mainly from geopolitical, military-strategic and political-administrative positions. In the presented article, a theoretical and legal analysis of the concept of a strong state is carried out. Methodologically, the author adheres to the approaches of political realism and realistic theory of law, which are aimed not at building a model of an ideal strong state, but at studying really functioning strong states with all their problems and contradictions. It is proposed to understand a strong state as a state that effectively uses any legal means to carry out the functions assigned to it in its own political interests. The article in the format of a scientific discussion analyzes the signs and criteria of a strong state, characteristics of the law of the strong. The research subjects also include the problem of a strong state legitimacy, the category of the great power and the process of legal expansion.

Key words: strong state, law of force, functions of the state, great power, legal expansion

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 27th April 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Malinovsky, A.A. (2021) The concept of “strong state” in the political and legal dimension. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 506—526. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-506-526

Концепт сильного государства: постановка проблемы

Концепт сильного государства с политико-правовой точки зрения имеет несколько аспектов, многие из которых являются дискуссионными. Во-первых, сильное государство, – это такое государство, которое может навязать свою волю гражданам (подданным). Но не просто навязать государственную волю, а добиться безоговорочного выполнения своих требований в точно установленный срок. Вполне очевидно, что в данном случае сильное государство — это эффективное государство, т. е. государство, которое эффективно осуществляет все свои функции. Юридическая логика размышления здесь должна быть следующей. Исходя из классического определения, государство — это политическая организация общества, имеющая монопольное право на насилие и придающая

своим велениям общеобязательный характер для населения всей страны. Если государство теряет монопольное право на принуждение в отношении своих граждан, вполне очевидно, что оно перестает быть эффективным. Если государственные веления (уплата налогов, соблюдение законов и т. п.) исполняются надлежащим образом всем населением, то, видимо, государство следует признать эффективным. Если государство должным образом осуществляет все свои функции, то оно также должно считаться эффективным.

Однако добиться необходимой эффективности можно разными путями: посредством диктатуры либо в рамках полицейского государства или посредством управления обществом на основе права. В этой связи возникает ряд концептуальных вопросов. Является ли любое тоталитарное (авторитарное) государство сильным? Может ли быть слабым государство, формально отвечающее требованиям правового государства, а значит, эффективно управляющее обществом на основе права? Можно ли поставить знак равенства между эффективным и сильным государством или это лишь различные политико-правовые характеристики изучаемого нами феномена?

Второй аспект проблемы касается международно-правового измерения сильного государства. С этой точки зрения сильным государством считается то, которое может навязать свою политическую волю другим государствам и международным организациям, а также всему мировому сообществу. В менее категоричном варианте можно говорить о том, что сильное государство имеет значительное влияние («большой политический вес») на международной арене. Вопрос о том, является ли неоднократное и грубое нарушение государством, действующим в своих интересах, норм и принципов международного права проявлением силы, либо сильное государство не только само должно соблюдать международное право, но и понуждать к этому других акторов международных процессов, не имеет однозначного ответа (Malinovsky & Trikoz, 2020:20—28).

Проанализируем базовые политико-правовые категории анализируемого концепта сильного государства, чтобы попытаться ответить на сформулированные выше вопросы.

По мнению И.В. Понкина, специально исследовавшего этот вопрос, в юриспруденции и политологии разработаны несколько концепций сильного государства. Выделим следующие основные подходы к пониманию его сущности (Ponkin, 2018:55—56).

Первый подход предполагает понимание «сильного государства» как государства, обладающего таким потенциалом и количеством ресурсов, которое позволяет ему получить наибольший вес на международной арене и возможности давления на другие государства.

Второй подход понимает под «сильным государством» такое государство, которое широко использует методы принуждения и подавления в отношении своих граждан, и его сила заключается, в первую очередь, в способности подавлять сопротивление населения действиями властей (это, как правило, государство, в котором реализован антидемократический политический режим).

Третий подход видит под «сильным государством» государство, в существенной степени контролирующее общество.

Четвертый подход трактует «сильное государство» как государство с сильной процветающей и устойчивой экономикой.

Пятый подход, согласно которому под «сильным государством» понимается демократическое государство с устойчивым гражданским обществом, все основные принципы которого надлежащим образом соблюдаются и обеспечиваются.

Обобщая эти подходы, отметим, что под «сильным государством» правоведы и политологи понимают: сверхдержаву (первый подход); тоталитарное или авторитарное государство, диктатуру (второй и третий подходы); богатое государство (четвертый подход); демократическое правовое государство (пятый подход).

Таким образом, политико-правовые мыслители пытаются выразить суть концепта сильного государства через другие, более известные науке признаки. С одной стороны, это вроде бы не противоречит юридической логике. Вполне очевидно, что империи и диктатуры (например, Римская империя, фашистская Германия) — это сильные государства, которые эффективно осуществляли контроль не только над своими гражданами, но и над другими покоренными народами. Однако, с другой стороны, при таком подходе не видны некоторые существенные моменты анализируемого концепта. Образно выражаясь с небольшой долей юмора, можно сказать, что и снег, и лед — это просто замерзшая вода, то есть фактически одно и то же явление. Но достаточно упасть сначала на голый лед, а потом в сугроб, чтобы быстро и со всей очевидностью методом «научного сенсуализма» (своим телом) почувствовать существенную разницу между льдом и снегом.

Кроме того, вышеуказанные концепции, как это несложно заметить, обращаются к различным предметам познания. Первый подход анализирует сильное государство как участника внешнеполитических отношений. Второй и третий подходы рассматривают государство с внутривнутриполитической точки зрения. Четвертый подход делает акцент на экономический аспект концепта, а пятый подход — в основном на его политико-правовые признаки. Единственный правильный вывод, который можно сделать, ознакомившись с данными подходами, заключается в том, что концепт сильного государства является сложным и многоаспектным.

Комментируя вышеуказанные концепции, отметим, что во многих из них правильно отмечается институциональная (военная, экономическая, управленческая) мощь государства, его направленность на эффективное выполнение своих функций. Но не в определениях сильного государства, ни в его признаках и характеристиках практически не упоминается юридическая составляющая концепта. Вполне очевидно, что сильное государство должно иметь сильное право.

Сильное право (или право силы) и сильное государство

Сильное право как явление вторично по отношению к сильному государству и представляет собой его юридическую форму, исследуя которую можно проникнуть в самую суть и постичь природу анализируемого концепта.

Первоначально следует четко разграничить роль права в правовом государстве и его роль в сильном государстве. Исходя из теории правового государства, право сдерживает государство, имея верховенство над ним, его государственными органами и должностными лицами. Ограничивая юридическими средствами государство, право (из-за несовершенства последних или по иным причинам) может воспрепятствовать эффективному осуществлению некоторых функций (правоохранительных и регулятивных). Это хорошо, например, с точки зрения соблюдения процессуальных прав отдельных террористов и пиратов, но плохо с позиций охраны правопорядка в целом. В эпоху экономического кризиса право, которое рассчитано на «нормальную» экономическую ситуацию, будет защищать интересы граждан, их права и свободы, и мешать государству спасти бизнес, что неизменно приведет в конечном итоге к ослаблению государства.

В сильном государстве право, а точнее его законодательная форма, представляющая собой нормативно оформленный приказ государства, есть мощнейший социальный регулятор, уполномочивающий государство эффективно осуществлять свои функции. Образно выражаясь, право в контексте правового государства — это цепь, на которой сидит Левиафан без меча. Право для сильного государства — это острый меч, которым Левиафан вооружен. В случае необходимости народ вправе вооружить Левиафана более длинным и острым мечом. Левиафан, вооруженный мечом и сидящий на цепи, длину которой только народ может уменьшать или увеличивать — вот идеал сильного государства. Левиафан, разрубивший цепь, теряет общественный контроль, начинает выдавать интересы государства за интересы нации и становится кровавым тираном для тех, кто не разделяет его интересы.

История правовых учений богата различными суждениями великих мыслителей о роли и значении силы в сфере государственного управления. Так, по мнению Т. Гоббса, никто не имеет свободы оказывать сопротивление мечу государства, ибо такая свобода лишает суверена возможности защищать нас и разрушает поэтому саму сущность правления... Хотя люди могут воображать, что такая неограниченная власть должна вести ко многим дурным последствиям, однако отсутствие таковой власти, а именно беспрестанная война всех против всех, ведет к значительно худшим последствиям (Hobbes, 2001:151—159).

Изучая историю права, легко можно заметить, что меч всегда символизировал сильное государство. Так, крылатой стала фраза вождя кельтского племени сенонов Бренна (387 г. до н.э.): «Наше право мы носим на кончиках наших мечей. Сильным принадлежит весь мир!». Со времен римского права до нас дошла категория «*jus gladii*» (лат. «право меча»), обозначающая право власти на применение силы. Богиня правосудия Фемида вооружена мечом, чтобы согласно мифам Древней Греции карать виновных правонарушителей. На основании средневековой доктрины «двух мечей», разработанной католическими мыслителями (в частности, Папой римским Геласием (Gelasius) в конце V в.), считалось необходимым, чтобы основные центры силы в государстве были сосредоточены у светской власти и у церкви (Noskov, 2011).

Что касается современности, то для европейских юристов крылатой стала фраза генерала Ш. де Голля, адресованная министру юстиции Франции Жану

Фойе, о роли и месте права в политике сильного государства: «Сначала Франция (французский народ — прим. автора), потом государство, и наконец, в той мере, в которой возможно обеспечить их высшие интересы, действует право» (Mathieu, 2021:49). Таким образом, в некоторых случаях высшие интересы нации и государства могут иметь приоритет над принципами верховенства права.

Раскрывая юридический аспект концепта сильного государства, следует обратиться к философскому уровню осмысления проблемы через категории «право сильного» и «право власти». Право сильного, как пишет С.С. Алексеев, — это первичный, по своей основе в немалой степени биологический, способ устройства жизни «организованных сообществ». Он образует исходный, начальный блок иерархического построения жизни «организованных существ», в том числе и человеческого сообщества. Право сильного в естественном бытии — суровый, жесткий, порой жестокий, но вместе с тем — природно-нормальный, неизбежный и вполне целесообразный способ первобытной социальной организации (Alekseev, 1998).

В условиях цивилизации право сильного постепенно модифицировалось, шаг за шагом освобождалось от «чисто» биологических свойств и приобретало черты социального явления. В качестве примера эволюции «права сильного» С.С. Алексеев приводит право меча — кулачное право и право войны. Так, по его мнению, право власти знаменует существенное развитие позитивного права. И прежде всего в его прогрессивных характеристиках. Здесь возможное насилие, принуждение прерогативой «одного лица» — политической государственной власти, которая именно как власть не только способна решать дела по усмотрению, но и обременена ответственностью. К тому же возможное насилие и принуждение по мере развития общества все более становится предметом закона и юридической регламентации, приобретая черты правового принуждения.

Вместе с тем право власти — такой юридический феномен, который свидетельствует, что право еще не имеет в полной мере своего собственного бытия, суверенности. По основным своим параметрам оно является орудием или инструментом власти, его прямым выражением и воплощением (Alekseev, 1998).

Проиллюстрируем сказанное следующим примером. Существенное усиление американского государства произошло благодаря практическому применению провозглашенной в 1904—1905 гг. президентом Т. Рузвельтом доктрины «Большой дубинки» (англ. Big Stick diplomacy), согласно которой США вправе применять силу за рубежом в случаях, если это продиктовано их геополитическими, экономическими и иными интересами (расширительная интерпретация доктрины Монро). Закономерным результатом эволюции данной доктрины стала американская концепция «Длинных рук», тесно связанная с судебной доктриной «юрисдикции длинной руки» (англ. Long-arm jurisdiction), которую сформулировал Верховный суд США в деле *International Shoe v. Washington* (326 U.S. 310, 1945). Согласно этой концепции, юрисдикция США распространяется на весь мир. Если какое-либо государство, физическое или юридическое лицо угрожает американской национальной безопасности, то обязанностью соответствующих государственных структур является проведение операции «Возмездие» или привлечение виновного к юридической ответственности на территории США.

В случае, когда какое-либо государство отказывается в экстрадиции «врага Америки», оно автоматически подпадает под санкции. Такой подход привел к тому, что сначала политологи и журналисты, а затем юристы стали называть США «международным жандармом». Однако вполне очевидно, что для того, чтобы «враг Америки», находящийся в пределах иностранной юрисдикции, предстал перед американским судом, США нередко грубо нарушают нормы международного права и национального законодательства других государств. Это и есть американское право силы.

Поскольку применение силы и угроза ее применения прямо запрещены международным правом, американские политики и юристы-международники для легитимации и легализации политики «Большой дубинки» разработали доктрину «Превентивной самообороны». Ее впервые озвучил президент Дж. Буш, когда 12 сентября 2002 г. на заседании Генеральной Ассамблеи ООН указал на важную роль «упреждающей самообороны» (Zagainov, 2006:29—45). Данная доктрина должна была оправдать перед международным сообществом и американскими избирателями противоправную внешнюю политику США, представив ее как законную деятельность, направленную на защиту национальных интересов и охрану безопасности США (Farkhutdinov, 2016:23—31). Это очень наглядный пример, который свидетельствует о том, что сильное государство всегда стремится придать правомерность своим наказуемым с юридической точки зрения актам агрессии или массовым нарушениям прав человека.

Однако с теоретической точки зрения важно подчеркнуть, что с позиции сильного государства идеальное право не должно существенно сдерживать и ограничивать государственную власть. Такое право неизменно ослабляет государство. Попробуйте заставить США соблюдать международное право в их отношениях с другими государствами и принцип надлежащей правовой процедуры внутри страны, и очень скоро из сверхдержавы Америка превратится в обычное государство (Malinovsky & Trikoz, 2020:26—29).

Во французском правоведении идея приоритета интересов нации и государства над правом и общественной нравственностью нашла свое отражение в концепции «la raison d'État»¹ (фр. «смысл государства»). Как пишет Бертран Матье, власть для достижения высших целей нации и государства может отступить от концепции правового государства и принять политически целесообразное решение, не основанное на правовых предписаниях (Mathieu, 2021:49).

Последовательно развивая идеи Н. Макиавелли о сильном государстве, апологеты теории «Государственного интереса», мыслители Джованни Ботеро (1544—1617) и Фриндрих Майкене (1862—1954) отмечали, что цель государства состоит в укреплении его могущества, а в сложные периоды — в создании условий выживаемости нации, а не в соблюдении норм нравственности и права (Toupictionnaire, 2021). Данная теория нашла свое отражение в политико-правовых концепциях сильного государства, а также в конституционном праве Германии и Франции (Baev, 2018:74—82; Fedorov, 2018:124—130).

¹ Raison d'Etat. Toupictionnaire: Le dictionnaire de politique. Available at: http://www.toupie.org/Dictionnaire/Raison_etat.htm [Accessed 15th April 2021].

Главная идеологическая задача сильного права — легализовывать и легитимировать любое силовое осуществление внешних и внутренних функций государства, придавая им правомерность, или создавать видимость законности, экономической и политической целесообразности и общественной необходимости в действиях государственной власти. Классическими примерами здесь являются не только США, но и Китай, объявивший о построении «социалистического правового государства с китайской спецификой». «Сильное право» в рамках концепта сильного государства характеризуется следующими признаками.

В идеале цель юридической регламентации должна состоять в таком регулировании общественных отношений, которое направлено на снижение политических рисков, международной напряженности, предотвращение национальных и религиозных конфликтов, кризисов, войн и революций. Однако в реальности самая востребованная цель права — придание легальности и легитимности силовым вариантам осуществления основных функций государства.

Другой признак «сильного права» — политизация сферы правового регулирования. В предмет правового регулирования включаются, прежде всего, политические отношения. Причем регламентируются они строго определенным образом (в соответствии с политической обстановкой конкретно-исторического периода и господствующей идеологией). В законодательстве и правоприменительной практике часто используются такие категории, как «национальная безопасность», «государственные интересы», «политическая целесообразность» и т. д.

Далее, метод правового регулирования направлен на четкое формулирование обязанностей, запретов и дозволений, позволяющих государству эффективно осуществлять свои внутренние и внешние функции. Юридически это выглядит как расширение полномочий и компетенций государственных органов и должностных лиц и ограничение (в основном политических) прав и свобод человека и гражданина. При этом законодательная регламентация содержания конкретных государственных функций специально определяется в общих чертах для того, чтобы предоставить правоприменителю максимальный объем произвольного усмотрения.

Наличие работающего механизма юридической ответственности, который предусматривает корреспондирование санкций любому нарушению запретов и неисполнению обязанностей субъектами политических правоотношений. Меры политической ответственности юридизируются и переводятся в правовую сферу.

На уровне правовой идеологии и действующего законодательства в исключительных случаях (перечень которых не определен) допускается отход от принципов верховенства права при осуществлении государственных функций. Гипертрофированный киношный идеал правового регулирования сильного государства внутри страны и на международной арене — это лицензия на убийство, которая выдается Агенту 007 Джеймсу Бонду для того, чтобы он, защищая демократию по всему миру, мог «без суда и следствия» уничтожить Доктора Зло и всех его приспешников.

В наиболее абстрактном виде «правом сильного» можно назвать нормативно оформленную волю субъекта общественных отношений, потенциал (военный, геополитический, экономический, юридический) которого дает

возможность навязать ее другим участникам общественных отношений и принудить к ее исполнению либо уничтожить «правонарушителя».

Под «сильным правом» предлагается понимать совокупность юридических предписаний, результативно регламентирующих общественные отношения благодаря слаженному механизму государственного принуждения. Сильное право (как и сильное государство) максимально эффективно осуществляет свои функции, в особенности правотворческую, правоисполнительную и правоохранительную.

Несмотря на кажущуюся простоту, данное определение имеет не только академический, но и научно-практический потенциал. Проанализируем конкретный факт. Мэры крупных европейских городов обращаются к женщинам с требованием не выходить в темное время суток из жилища, чтобы не стать жертвой криминального нападения беженцев, так как полиция не сможет их защитить, а в случае ареста и осуждения нападавших весьма вероятны массовые протесты и беспорядки, а также обвинения в адрес государства в расизме и нарушении норм политкорректности. Вполне очевидно, что правоохранительные функции и государства, и права в данном случае осуществляются неэффективно. Этот факт с уверенностью позволяет говорить о заметном ослаблении конкретного государства и несовершенстве его правой системы.

Признаки сильного государства

Зарубежными и отечественными учеными дано множество геополитических, экономических, военно-стратегических и социально-психологических характеристик сильного государства (Fukuyama, 2006; Kerimov & Kuksin, 2018). Однако мы сосредоточим внимание на политико-правовых признаках исследуемого концепта.

Если попытаться обобщить наиболее существенные признаки сильного государства, выявленные современными исследователями, то, по мнению Л.П. Белова (Belov, 2019:119), они могут быть сгруппированы в следующем виде:

1) группа идейно-ментальных признаков, предполагающая наличие нравственного могущества государства, государственную идеологию, цивилизационный код развития своей страны;

2) группа признаков, включающая в себя силу собственно государства как органической надстройки (организации), выражаемая в его полноценном суверенитете, должной устойчивости государственного порядка, в его стабильности и способности эффективно противостоять всем внешним и внутренним вызовам;

3) группа, включающая в себя эффективный потенциал системы публичного управления;

4) группа социально-политических признаков — сильный социальный порядок, легитимная власть, контроль власти со стороны общества, развитие гражданского общества, эффективная политическая коммуникация, независимые СМИ, наличие у власти национально-ориентированной и ответственной элиты;

5) группа политико-правовых признаков — национальный суверенитет страны, независимое и справедливое судопроизводство, демократический порядок ротации власти, политическая ответственность власти;

6) группа, включающая в себя военную мощь страны надлежащей силы и эффективный дипломатический потенциал государства.

Сильное государство, как утверждают зарубежные правоведы, может быть как демократическим, так и авторитарным. Демократическая модель сильного государства является предпочтительной, поскольку такое государство самоограничено в чрезмерном применении силы национальным и международным правом.

Авторитарные правители могут использовать потенциал сильного государства для укрепления своей власти тремя способами. Во-первых, путем подлинной легитимации, посредством получения поддержки со стороны населения, осуществляя должным образом необходимые социальные функции. Во-вторых, путем фальсификации поддержки населения, посредством манипуляций на выборах и контроля средств массовой информации. В-третьих, путем подавления любого политического инакомыслия и судебного преследования представителей оппозиции (Nam van & Seim, 2017:49—66).

С академической точки зрения теоретическое выделение данных моделей сильного государства и их сущностная характеристика заслуживает поддержки. Действительно сильное демократическое правовое государство безопаснее для гражданина, его прав и свобод, чем авторитарное государство. Поэтому их целесообразно различать. Однако с позиций «Realpolitik», когда, например, действующего президента демократической страны отключают от социальных сетей без надлежащей правовой процедуры или когда спецслужбы якобы правового государства в обход демократического парламента создают незаконные тюрьмы для политзаключенных, вышеуказанный подход является наивно-идеалистическим.

В связи с этим с практико-прикладной точки зрения представляется методологически правильным отказаться от дополнительных признаков сильного государства как авторитарного или демократического, прежде всего из-за размытости понятий «авторитаризм» и «демократия» применительно к рассматриваемому концепту.

Сформулируем основные критерии, выявление которых позволит сделать однозначный вывод, что перед нами тот самый объект изучения — «сильное государство».

1. Государственная власть легальна и легитимна. Под легальностью в данном случае понимается законный (как правило, конституционный) способ организации и осуществления власти, а также процесс ее перехода от одного правителя к другому. В отношении слабого государства легальность власти может быть предметом рассмотрения конституционного суда или органа международного правосудия. Легитимность представляет собой полную поддержку народом и в некоторых случаях международным сообществом государства и его международной, экономической, социальной и правовой политики, а также добровольное исполнение гражданами и должностными лицами принимаемых государством законов. При этом важно уточнить, что народ наделяет государство не

только властью издавать законы и принуждать к их исполнению, но и правом нарушать или отменять законы, денонсировать международные договоры, не отвечающие стратегическим интересам государства. Любые масштабные акции гражданского неповиновения, отказ военнослужащих от присяги, наличие революционной ситуации в стране, иностранное вмешательство в дела государства с целью восстановления порядка и конституционного строя свидетельствуют о потере государством своей легитимности.

2. Государственная власть способна на справедливое и эффективное налогообложение бизнеса и граждан. Налоги — это важнейший признак государства, а их собираемость — залог его экономической стабильности. Неспособность государства устанавливать справедливые налоги может привести власть к потере легитимности как максимум и к экономическому кризису или к бегству капитала за границу — как минимум. Отсутствие умелого налогового администрирования, плохая работа по взысканию налоговых недоимок — свидетельство неэффективности государственного управления.

3. Государственная власть способна эффективно осуществлять регулятивную (правотворческую) функцию (оперативно принимать необходимые законодательные акты для правового регулирования наиболее важных общественных отношений). При этом система разделения властей работает четко и слаженно, без парламентских и правительственных кризисов или попыток импичмента президента. Вспомним, во времена президентства Б. Ельцина российский парламент значительно затягивал рассмотрение законопроектов, внесенных президентом, а президент часто налагал вето на неудобные ему с политической точки зрения законопроекты, что неизменно ослабляло государственную власть. Таким образом, длинный перечень первоочередных законопроектов, который можно увидеть на официальном сайте любого парламента, не принятых в установленный срок, отставки правительства и роспуска парламента, попытки импичмента президента — явные показатели того, что в «данном королевстве не все благополучно».

4. Государственная власть способна эффективно осуществлять правоохранительную функцию. Правопорядок в сильном государстве есть свидетельство умелого контроля государством преступности и правового поведения граждан. Высокий уровень преступности, когда преступные группировки по своему могуществу могут конкурировать с государственными органами (террористическая организация «Исламское государство» в Сирии; пираты, оруduющие вблизи берегов восточноафриканского государства Сомали; неонацистский вооруженный батальон Азов на Украине), наоборот являются свидетельством существенного ослабления государства. Погромы и уличные беспорядки, с которыми полиция долгое время не может также справиться, красноречиво говорят о неэффективности государства.

Эффективность правосудия и высокая исполнимость судебных решений свидетельствуют о сильной судебной власти, а, следовательно, и о силе государства, учитывая тот факт, что любое судебное решение или приговор выносятся от имени государства. Вполне очевидно, что государство, в котором большинство законных и обоснованных решений, например, по принудительному

взысканию алиментов или задолженностей по квартирной плате не исполняются, вряд ли можно назвать эффективным.

Разумеется, вышеуказанный перечень можно уточнять до бесконечности. Здесь указан лишь *minimum minimumum* тех критериев сильного государства, которые детерминированы общетеоретической дефиницией государства и учением о его функциях. Юридической доктриной (Кравченко, 2015:358—365) и действующим законодательством (например, Указ Президента РФ от 04.02.2021 № 68 «Об оценке эффективности деятельности высших должностных лиц субъектов Российской Федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации») разработаны различные критерии эффективного государства, которые также можно использовать при теоретико-правовом исследовании анализируемого концепта.

Великая держава как сильное государство

Важной стороной концепта сильного государства является его внешнеполитическое измерение, которое во многом детерминирует международно-правовые аспекты анализируемого феномена. Речь в данном случае идет о категории «великая держава», в рамках которой политология, юриспруденция и наука международных отношений рассуждают о роли сильных государств в мировом правопорядке.

Как указывается в Дипломатическом словаре, термин «великие державы» обозначает наиболее мощные государства, играющих ведущую роль на международной арене². Со времени Венского конгресса 1815 г. так назывались пять европейских держав: Великобритания, Франция, Австрия, Пруссия и Россия, поскольку именно они преимущественно управляли политической жизнью Европы. Речь идет о знаменитом «Европейском концерте» как системе международно-правового регулирования межгосударственных отношений. Отличительной чертой этой системы международных отношений (так называемой «концертной дипломатии») стала необходимость согласия великих держав на любые территориальные изменения в Европе (Romanova, 2016:7—17).

До 1919 г. «великие державы» решали кардинальные международные проблемы на конференциях, по результатам которых они заключали между собой международные договоры. Остальным странам, имевшим статус цивилизованных наций, автоматически предлагалось признать тот порядок, который устанавливался этими договорами. В 1919 г. была создана Лига Наций как постоянный международный орган, призванный в том числе решать вопросы, которые ранее решались на конференциях «великих держав». Преемником Лиги Наций с 1945 г. стала Организация Объединенных Наций. И вплоть до настоящего времени «великими державами» считаются постоянные члены Совета Безопасности

² Дипломатический словарь: в 3 т. Т. 3 / ред. А.А. Громыко, А.Г. Ковалев, П.П. Севостьянов, С.Л. Тихвинский. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Наука, 1986. 752 с.

ООН — Россия, США, Великобритания, Франция и Китай, на которых лежит ответственность за сохранение международного мира и безопасности³.

Как отмечается в Юридическом словаре, «великие державы» — это такие государства, которые благодаря своему военно-политическому потенциалу оказывают определяющее влияние на систему международных и международно-правовых отношений. После Второй мировой войны великими державами формально считаются постоянные члены Совета Безопасности ООН: РФ (СССР до 25 декабря 1991 г.), США, Великобритания, Франция и Китай. Современный статус великой державы не противоречит принципу суверенного равенства государств, а представляет собой политико-правовое отражение их реальной роли в международной жизни. Особое положение великой державы, закрепленное в Уставе ООН, формально объясняется лежащей на них главной ответственностью за поддержание мира и всеобщей безопасности. Соответственно вытекающим из этой ответственности обязанностям великие державы наделены особым правом, воплощенным в принципе единогласия этих стран в Совете Безопасности ООН⁴.

В зарубежной политико-правовой науке приняты другие подходы к определению «великой державы». Так, по мнению Конгъян Цай, следует различать великие и малые державы. Отсутствие формально-юридического критерия, по мнению китайского юриста-международника, не мешает мировому сообществу знать перечень великих держав. Так, государства, входящие в G-7 (Франция, Германия, Италия, Япония, Великобритания, США и Канада) необходимо отнести к великим. Другие государства, входящие в G-20 (Аргентина, Австралия, Бразилия, Индия, Индонезия, Италия, Канада, Китай, Мексика, Россия, Саудовская Аравия, Турция, ЮАР, Южная Корея, Европейский Союз) следует отнести к влиятельным государствам. Остальные государства являются малыми державами.

Великие и влиятельные государства могут сопротивляться нормам международного права (отказываться от заключения невыгодного международного договора или выходить из него), и для них оно является «слабым правом». В своей деятельности они руководствуются политической целесообразностью (нормами «Realpolitik»). Малые государства обязаны придерживаться принципов и норм международного права (Congyan, 2013:755—795).

Как отмечал известный отечественный юрист-международник И.И. Лукашук, в зарубежной доктрине встречаются явно противоречащие международному праву оценки роли великих держав. По мнению С. Гоффмана: «В международных джунглях лев, а не петух прокладывает путь. Остальные по желанию могут исключительно следовать за ним или умолкнуть, когда он рычит». Профессор Гавайского университета М. Гаас повествовал: «В наибольшей степени могучие державы берут на себя роль правотворцев или правонарушителей; менее могучие государства должны быть удовлетворены ролью соблюдающих нормы или предлагающих к ним поправки» (Lukashuk, 2004).

³ Дипломатический словарь: в 3 т. Т. 3 / ред. А.А. Громыко, А.Г. Ковалев, П.П. Севостьянов, С.Л. Тихвинский. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Наука, 1986. 752 с.

⁴ Большой юридический словарь / сост. В.Н. Додонов. М., 2001. Режим доступа: https://juridical.slovaronline.com/863-VELIKIE_DERZHAVYI (дата обращения: 15.04.2021).

С формально-юридической точки зрения определить перечень великих держав можно посредством расширительного толкования ст. 23 Устава ООН, согласно которой Китайская Республика, Франция, Союз Советских Социалистических Республик (ныне — Российская Федерация), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Соединенные Штаты Америки являются постоянными членами Совета Безопасности ООН. Логика рассуждений здесь простая. Если вышеуказанным государствам легально доверены судьбы мира, значит их следует считать самыми сильными государствами на планете — «великими мировыми державами».

Перечень ведущих региональных держав можно обнаружить посредством анализа политико-правовых доктрин, действующего законодательства и практики его применения. Так, согласно европейской концепции «Европа разных скоростей» четыре государства являются локомотивами Евросоюза (Германия, Франция, Италия и Испания), а остальные государства в силу их отставания в экономическом, правовом и социальном развитии играют роль догоняющих в евроинтеграции. Европейская бюрократия позволяет государствам-аутсайдерам постепенно эволюционировать в сторону европейских ценностей. Например, католической Польше разрешается временно не ратифицировать те акты европейского права, которые закрепляют за женщиной абсолютное право на аборт. Ведущие европейские державы через институты Евросоюза диктуют свою волю другим странам Европы, посредством принятия обязательных для исполнения директив ЕС.

Правовая экспансия великих держав

В двусторонних отношениях «великая держава — малая держава» («сильное государство — слабое государство» или «метрополия — колония») интересным предметом исследования с точки зрения теории права выступает проблема правовой экспансии (Karnaushenko & Trikoz et al., 2019).

Правовая экспансия, по мнению Л.В. Сокольской, представляет собой такую форму правовой аккультурации, при которой предполагается насильственное одностороннее навязывание одному обществу или его части определенных элементов правовой культуры другого социума. Автор приводит ряд признаков, по которым экспансия отличается от других форм правовой аккультурации: 1) она представляет собой насильственное навязывание культурно-правовых форм социума-донора силовыми средствами; 2) сопровождается отрицанием государственного суверенитета и национальной правовой культуры социума-реципиента; 3) нарушает системность национального права, порождает дуализм правовой системы социума-реципиента; 4) диктуется не потребностями общества-реципиента, а служит упрочению социально-экономических и политико-правовых позиций социума-донора (Sokolskaya, 2014:13—38).

Примеров правовой экспансии множество. Она известна еще с незапамятных времен, например, когда в 1066 г. под предводительством герцога Вильгельма было совершено нормандское завоевание Англии, в результате которого захватчики стали отменять старинные правовые обычаи и местные

традиции англосаксов, положив начало формированию английского общего права. Другой пример, когда во времена Великих крестовых походов 1096—1272 гг. среди покоренных народов (как правило, мусульман и язычников) активно насаждалось не только христианское вероучение, но и некоторые институты западноевропейского права.

В эпоху развития империализма, как пишет О.А. Жидков, метрополии вместе со своими товарами, капиталами и идеями экспортировали и свое право, насаждали его силой в колониях, протекторатах, оказавшихся в зависимости от европейского капитала (Zhidkov, 1971:31).

С политико-юридической точки зрения правовая экспансия представляет собой навязывание права сильного государства слабому государству в качестве действующего нормативно-правового регулятора с целью облегчения его управляемости. Правовая экспансия — это невоенный способ захватить другое государство и легитимно подчинить его своей воле. Юридическая логика здесь следующая. Право в политико-правовом смысле есть закрепленная в законе воля конкретного народа (государства). При распространении национального права сильного государства на территорию других государств покоренные народы посредством правовых средств принуждаются покоряться воле чужеземцев. Политико-правовая тонкость ситуации заключается в том, что де-юре покоренный народ на территории собственного государства обязывается соблюдать иностранное право как свое собственное, поскольку в результате правовой экспансии оно становится частью его правовой системы.

Разумеется, в большинстве случаев правовая экспансия маскируется под просветительско-цивилизационную миссию, например, «богоизбранного народа» или «просвещенного государства», оправдывается благими целями: распространение христианского вероучения у отсталых народов; защита прав и свобод человека и гражданина, продвижение идеалов демократии, построение правового государства, юридическая защита собственности и бизнеса и т. д.

И даже терминологически ее предпочитают называть более благозвучно — «правовая аккультурация», которая должна представлять собой добровольную рецепцию слабым (отсталым в правовом развитии) государством лучших зарубежных юридических образцов (идеальные кодексы, беспробельно регламентирующие все сферы общественных отношений вместо правовых обычаев; суд присяжных, всегда выносящий справедливый приговор вместо суда мелких вождей; разделение властей, гарантирующее гражданам защиту от всесильного государства, вместо совета старейшин и т. д.).

Как правило, в процессе правовой экспансии речь идет о навязывании более прогрессивных (с точки зрения сильного государства) правовых идеалов, законодательных актов и юридических учреждений отсталому в правовом развитии слабому государству. На практике это может выглядеть следующим образом: 1) отмена действующих в слабом государстве традиционных источников права (например, отказ от обычного права, объявление правового обычая пережитком прошлого, установление санкции за следование отмененному правовому обычаю); 2) отмена религиозных источников права (например, деисламизация права отдельных мусульманских государств) и попытка заменить их светскими

источниками сильных государств; 3) упразднение или даже объявление вне закона как устаревших существовавших ранее (традиционных) способов разрешения спорных ситуаций и юридических конфликтов; 4) кодификация права слабого государства (без учета его исторической и религиозной специфики) по западному типу, ликвидация традиционных правовых институтов; 5) учреждение законодательных, судебных и правоохранительных органов, функционирующих по западному образцу.

Вполне очевидно, что все вышеуказанные действия совершаются государством-агрессором с целью разрушения действующего в покоренном государстве политико-правового кода. И со временем навязанный слабому государству кодекс оказывается сильнее и эффективнее острого меча завоевателя.

Яркими примерами правовой экспансии являются следующие: реформирование права африканских стран в период их колонизации по европейским юридическим канонам; навязывание правовой системе Индии английских правовых стандартов в эпоху Британского владычества (Trikoz & Krashennikova, 2020); реформа конституционного права Японии (после Второй мировой войны), подготовленная американскими юристами; принуждение бывших социалистических стран после распада СССР полностью отменить действующее социалистическое право; принуждение некоторых мусульманских стран постепенно отказываться от исламских религиозно-правовых ценностей в пользу западных правовых идеалов.

С академической точки зрения можно сделать следующий вывод. Реальная возможность сильного государства осуществить правовую экспансию дополняет анализируемый нами концепт важным признаком — способностью юридического влияния сильного государства на правовые системы других стран. Вполне очевидно, что слабые государства такой способностью не обладают. Более того, некоторые из них даже не в силах сопротивляться правовой экспансии.

Усиление государства посредством права

Обсуждая с политико-правовой точки зрения концепт сильного государства, важно определить основные тенденции усиления отдельных направлений внешней и внутренней политики государства, которые легко выявить посредством анализа специально принятых законов и иных политических источников права. Например, как отмечает известный специалист по китайскому праву П.В. Трошинский, в сфере защиты государственной целостности в Китае был принят специальный Закон «О противодействии расколу страны» 2005 г., направленный на борьбу с «независимостью» Тайваня (не признанная большинством стран мира «Китайская Республика на Тайване»). Этот правовой документ закрепил юридическую возможность применения Китаем военной силы для обеспечения территориальной целостности государства (Troshchinsky, 2016:26).

В большинстве случаев государство стремится усилить свою легитимность для более эффективного осуществления правоприменительных функций на основе законов. Как правило, речь идет о принятии законодательства, направленного на более активное решение «застарелых недугов» конкретного государства

(например, борьба с мафией в Италии, противодействие коррупции в Китае и др.) либо о решении злободневных проблем современности (например, политико-правовой аккультурации беженцев в Западной Европе, противодействие США экономическому и геополитическому влиянию России и Китая и др.).

Проиллюстрируем вышесказанное конкретными ссылками на законодательство. Так, политика усиления борьбы с мафией в Италии осуществляется на основе: Закона № 646 о криминальном сообществе типа мафии 1982 г., криминализовавшем создание и участие в мафиозном сообществе; «Закона Ла Торе» 1983 г. о проверке источников доходов у главарей мафии и конфискации полученных ими преступных доходов; Закона № 162 о борьбе с наркомафией 1990 г., усиливающего ответственность наркобаронов; Закона №356 «Положения о борьбе с мафией» 1992 г., ужесточающего ответственность за участие в мафиозных кланах.

Политика усиления борьбы с радикальным исламизмом во Франции базируется на основе Закона Франции «Об укреплении республиканских принципов» 2021 г. Данный акт существенно усиливает роль принципов светского государства в сферах классического образования, свободы прессы, семьи и правоохранительной деятельности.

Закон ФРГ о толерантности в сфере образования и занятости 2020 г. направлен на адаптацию беженцев к нормальной жизни на территории Германии, на предотвращение совершения противоправных деяний, обусловленных не западным правовым менталитетом въехавших в страну иностранцев.

Закон США «О противодействии врагам Америки посредством санкций» 2017 г., по старой доброй английской традиции, ведущей свое начало еще с *Rex Britannica* (политика британского доминирования на море и в международных отношениях) нацелен на укрепление международного могущества США посредством экономического и геополитического притеснения государств, не признающих мировую гегемонию США.

Что касается России, то в СПС «КонсультантПлюс» в настоящее время содержится более 50 законодательных актов, направленных на правовое регулирование усиления российского государства при осуществлении им определенных функций. Как правило, это подзаконные акты об усилении контроля, прокурорского надзора, государственного регулирования актуальных вопросов в различных сферах, а также законодательные акты об ужесточении отдельных мер юридической ответственности.

Разумеется, с точки зрения объективности в предмет правового познания концепта сильного государства должно попадать и законодательство, направленное на либерализацию или гуманизацию отдельных сфер социальной жизни. Представляется, что данная политика есть не результат ослабления государства, а свидетельство достижения им ранее поставленных целей и перехода к новой политико-правовой стратегии. Например, в уголовно-правовой сфере, как указывает П.В. Трощинский, в Китае проводится новая политика «Меньше убивать, осторожней убивать», направленная на ограничение смертной казни. Принятые в феврале 2011 г. поправки в действующий УК КНР отменили высшую меру наказания по 13 составам экономических преступлений (преступления

ненасильственного характера). Таким образом, общее количество составов преступлений в КНР, по которым лицо может быть приговорено к смертной казни, снизилось с 68 до 55, т. е. на 19,1% (Troshchinsky, 2016:28).

Заключение

Сильное государство во внутривнутриполитическом измерении («эффективное государство»), это государство, которое (1) является легальным и легитимным для своего населения; (2) эффективно осуществляет свои функции; (3) в процессе своей деятельности пользуется преимуществами права сильного; (4) не допускает войн и революций политических и экономических кризисов (или успешно их преодолевает).

Усиление государства, как правило, выражается в нескольких сферах: в законотворческой политике, направленной на оперативное принятие законов, необходимых в конкретно-исторический период времени; в политической сфере, направленной на проведение административной, судебной, правоохранительной и иных реформ с целью повышения эффективности работы государственного аппарата; в информационной политике, направленной на легитимацию существующей власти, создание положительного образа руководителей государства, политическую пропаганду, изобличающую недружественные намерения тайных или явных врагов конкретного государства; в повышении эффективности налоговой, уголовно-правовой и правоохранительной политики.

Во внешнеполитическом измерении сильное государство (сверхдержава) характеризуется следующими признаками: 1) успешно защищает свой суверенитет; 2) имеет большое влияние на субъектов международного права (посредством заключения либо намеренного не заключения двусторонних договоров о дружбе и сотрудничестве, о взаимной правовой помощи и др.); 3) имеет большой «политический вес» в коллегиальных международных органах и организациях (ООН, ВТО, Интерпол и др.); 4) может нарушать нормы и принципы международного права, ставя свои национальные интересы выше интересов мирового сообщества; 5) может не исполнять свои обязательства по международным договорам, руководствуясь собственными политическими, экономическими, военными интересами; 6) осуществляет правовую экспансию в отношении других государств; 7) доминирует в информационной сфере, навязывая свое мировоззрение, политические и правовые идеалы.

«Сильное государство» является самостоятельным и самодостаточным концептом и не нуждается в попытках выразить его суть и роль через другие политико-правовые феномены (например, такие как тоталитарный режим, диктатура или правовое государство). Образно выражаясь, чемпион мира по борьбе (сильное государство) может быть и преступником (тоталитарным государством), и полицейским (полицейским государством), а также работать депутатом парламента (правовым государством).

Таким образом, «сильное государство» — это государство, эффективно использующее любые правовые средства в собственных политических интересах для осуществления возложенных на него функций. Концепт «сильного

государства» необходимо продолжать исследовать как с академической целью, так и с целью выявления его достоинств и недостатков. Важнейшее практико-прикладное значение данного феномена состоит в том, что теоретик права и юрист-конституционалист вооружаются критериями «сильного государства», которые в конкретно исторический момент времени позволят определить тревожное уменьшение его легитимности или ослабление эффективности его главных функций и предложить законодателю и правоприменителю пакет юридических мер по укреплению государственности. Выделенные нами выше критерии «сильного государства» могут также помочь политикам и юристам-международникам прояснить смысл и природу юридически значимых действий «великих держав» на международной арене, увидеть реальные причины нарушения ими норм и принципов международного права, наметить стратегию взаимовыгодного межгосударственного сотрудничества. Утилитарность концепции «сильного государства» очевидна и бизнес-юристам при решении вопроса о целесообразности сотрудничества с зарубежными партнерами. Вполне очевидно, что «слабое государство» не сможет гарантировать сохранность иностранных инвестиций, основные права и свободы российских граждан и правовую безопасность бизнеса в целом.

Изучение концепта «сильного государства» имеет и важную дидактическую составляющую. В большинстве отечественных и зарубежных учебников по теории государства и права, конституционному и международному праву, к сожалению, отсутствует обстоятельное изложение признаков сильного государства, не достаточно детально анализируется его роль и значение в современном национальном и мировом правопорядке. Как правило, не уделяется должного внимания теоретическому анализу таких ключевых категорий, характеризующих данный концепт, как легитимность и легальность государства, национальный и государственный интерес, право силы, правовая экспансия и др. Разумеется, указанный недостаток учебной и академической литературы следует устранить и оперативно вооружить будущих юристов современными знаниями о «сильном государстве» и его роли в политико-правовой действительности.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1998) *Philosophy of Law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Философия права. М.: Норма, 1998. 336 с.
- Baev, V.G. (2018) “Strong state” in the political and legal views of the German chancellor Otto von Bismarck. *Law: history and modernity*. (4), 74—82. (in Russian).
Баев В.Г. «Сильное государство» в политико-правовых взглядах германского канцлера Отто фон Бисмарка // Право: история и современность. 2018. № 4. С. 74—82.
- Belov, L.P. (2019) Strong State: Towards Building a Theoretical Model. *Management Consulting*. (4), 114—122. (in Russian).
Белов Л.П. Сильное государство: к построению теоретической модели // Управленческое консультирование. 2019. № 4. С. 114—122.
- Congyan, Cai (2013) New Great Powers and International Law in the 21st Century. *European Journal of International Law*. 24 (3), 755—795.
- Farkhutdinov, I.Z. (2016) International law and the US doctrine of preventive self-defense. *Eurasian Law Journal*. 2 (93), 23—31. (in Russian).

- Фархутдинов И.З.* Международное право и доктрина США о превентивной самообороне // Евразийский юридический журнал. 2016. № 2 (93). С. 23—31.
- Fedorov, S.M. (2018) French experience of a “strong state” (To the 60th anniversary of the adoption of the constitution of the Fifth Republic). *Law: history and modernity*. (4), 124—130. (in Russian).
- Фёдоров С.М.* Французский опыт «сильного государства» (К 60-летию принятия конституции Пятой республики) // Право: история и современность. 2018. № 4. С. 124—130.
- Fukuyama, F. (2006) *A Strong State: Governance and World Order in the 21st Century*. Moscow, ACT Publ., Khranitel' Publ. (in Russian).
- Фукуяма Ф.* Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке. М.: АСТ: Хранитель, 2006. 220 с.
- Ham van, C. & Seim, B. (2017) Strong states, weak elections? How state capacity in authoritarian regimes conditions the democratizing power of elections. *International Political Science Review*. 39 (1), 49—66.
- Hobbes, T. (2001) *Leviathan, or Matter, Form and Power of the Church and Civil State*. Translated by A. Guterman. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
- Гоббс Т.* Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. Перевод А. Гутермана. М.: Мысль, 2001. 478 с.
- Karnaushenko, L.V., Trikoz, E.N., Shvets, A.A. & Yablonsky, I.V. (2019) *Legal systems of the states of the Commonwealth of Nations (Australia, Canada, India)*. Krasnodar, Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. (in Russian).
- Правовые системы государств Содружества Наций (Австралия, Канада, Индия) / Л.В. Карнаушенко, Е.Н. Трикоз, А.А. Швец, И.В. Яблонский. Краснодар: Краснодарский университет МВД России, 2019. 60 с.
- Kerimov, A.D. & Kuksin, I.N. A strong state as a determining factor in social progress. Moscow, Norma Publ. 2018. (in Russian).
- Керимов А.Д., Куксин И.Н.* Сильное государство как определяющий фактор общественного прогресса. М.: Норма, 2018. 96 с.
- Kravchenko, L.I. (2015) Indicative assessment of the effectiveness of public administration. *Successful development of social systems and public policy and governance. Materials of the All-Russian scientific and public conference*. 358—365. (in Russian).
- Кравченко Л.И.* Индикативная оценка эффективности государственного управления // Успешность развития социальных систем и государственная политика и управление: материалы Всероссийской научно-общественной конференции. 2015. С. 358—365.
- Lukashuk, I.I. (2004) *Modern law of international treaties*. Vol. 1. Moscow, Volters Kluver Publ. (in Russian).
- Лукашук И.И.* Современное право международных договоров. Т. 1. М.: Волтерс Клувер, 2004. 658 с.
- Malinovsky, A. & Trikoz, E. (2020) International Treaty Rulemaking as a Political Process: History and Theory Issues. *International Trends*. 18. (2(61)), 6—30. Doi 10.17994/IT.2020.18.2.61.2
- Mathieu, B. (2021) *Right versus Democracy?* Trans. Lebedeva Ya.I.; Kovler A.I. (ed.). Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Матьё Б.* Право против демократии? / пер. с фр. Я.И. Лебедевой; под ред. А.И. Ковлера. М.: Норма, 2021. 198 с.
- Noskov, E.G. (2011) Ontology of power: totality and symbolic nature of power relations. Diss.... Doctor of Philology. Cheboksary, Chuvash State University. (in Russian).
- Носков Э.Г.* Онтология власти: тотальность и символический характер властеотношения: дисс. ... д-ра философских наук. Чебоксары, Чувашский государственный университет, 2011. 311 с.
- Ponkin, V. (2018) Strong state. *Law and state*. 1—2 (78—79), 55—56. (in Russian).
- Понкин И.В.* Сильное государство // Право и государство. 2018. № 1—2 (78—79). С. 55—56.

- Romanova, E.V. (2016) Interpretations of the “European Concert” in British and American historiography of the 20th century. *Bulletin of MGIMO University*. 1 (46), 7—17. (in Russian).
Романова Е.В. Трактовки «Европейского концерта» в британской и американской историографии XX века // Вестник МГИМО-Университета. 2016. № 1 (46). С. 7—17.
- Sokolskaya, M.V. (2014) Legal expansion as a historical form of legal acculturation. *Actual problems of Russian law*. 7 (44), 13—38. (in Russian).
Сокольская М.В. Правовая экспансия как историческая форма правовой аккультурации // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7 (44). С. 13—38.
- Trikoz, E.N. & Krashennnikova, N.A. (2020) Comparative Criminal Law (India): Student book. Moscow, Yurait Publ. (in Russian).
Трикоз Е.Н., Крашенинникова Н.А. Сравнительное уголовное право (Индия): учебное пособие для вузов. М.: Юрайт, 2020. 179 с.
- Troshchinsky, P.V. (2016) Modern legislation of the PRC: problems and development prospects. *Journal of foreign legislation and comparative jurisprudence*. (3), 24—31. (in Russian).
Трощинский П.В. Современное законодательство КНР: проблемы и перспективы развития // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 24—31.
- Zagainov, E.T. (2006) Preemptive Self-Defense in the Western Doctrine of International Law. *Moscow Journal of International Law*. (2), 29—45. (in Russian).
Загайнов Е.Т. Упреждающая самооборона в западной доктрине международного права // Московский журнал международного права. 2006. № 2. С. 29—45.
- Zhidkov, O.A. (1971) *The history of bourgeois law (before the period of the crisis of capitalism)*. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Жидков О.А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма): Учебное пособие. М.: Наука, 1971. 155 с.

Об авторе:

Малиновский Алексей Александрович — доктор юридических наук, заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения, Международно-правовой факультет, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России; Российская Федерация, 119454, г. Москва, Проспект Вернадского, д. 76; эксперт, Российская академия наук; Российская Федерация, 119991, г. Москва, Ленинский проспект, д. 14

ORCID ID: 0000-0002-2376-0956; Scopus ID: 57200550672; Researcher ID (WoS): AAM-9269-2021

e-mail: Dr.malinovsky@yandex.ru

About the author:

Aleksey A. Malinovsky — Doctor of Legal Sciences, Head of the Department of Theory of Law and Comparative Law, International and Law Faculty, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia; 76 Prospect Vernadskogo, Moscow, 119454, Russian Federation; Expert of the Russian Academy of Sciences; 14 Leninsky Prospect, Moscow, 119991, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-2376-0956; Scopus ID: 57200550672; Researcher ID (WoS): AAM-9269-2021

e-mail: Dr.malinovsky@yandex.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-527-544

Научная статья

Соглашения Российской и Британской империй с Йэттишаром: историко-правовое исследование

Р.Ю. Почекаев  

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Санкт-Петербург, Российская Федерация
 rpochekaev@hse.ru

Аннотация. Актуальность статьи обусловлена необходимостью осмысления исторического опыта международных отношений в центрально-азиатском регионе в контексте противостояния «великих держав» за сферы влияния. Объектом исследования являются отношения России и Великобритании с самопровозглашенным государством Йэттишар (также фигурирующим в исследовательских трудах как Кашгария), существовавшим в 1864—1877 гг. в Восточном Туркестане. В качестве предмета исследования выступают торговые договоры, заключенные с этим государством Российской и Британской империями, соответственно в 1872 и 1874 гг. Целью исследования является историко-правовой анализ содержания договоров. Автор предпринимает попытку ответить на вопросы, в какой степени эти договоры свидетельствовали о признании двумя империями Йэттишара в качестве субъекта международных отношений, и как заключение этих договоров отражало противостояние империй в Центральной Азии — в рамках так называемой «Большой игры». Основными методами исследования являются формально-юридический, историко-правовой и сравнительно-правовой подходы, наряду с которыми автор использует юридико-антропологический и общеисторический исследовательский инструментарий. Полученные результаты до некоторой степени отражают и современные подходы России и западных держав в выстраивании правоотношений со своими партнерами в Центральной Азии, учет ими политической ситуации, политико-правовых и культурных традиций стран и народов региона.

Ключевые слова: Йэттишар (Кашгария), Российская империя, Британская империя, Большая игра, международные торговые соглашения

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда (проект № 19-18-00162), реализуемого в Институте языков и культур имени Льва Толстого.

Дата поступления в редакцию: 14 ноября 2020 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Почекаев Р.Ю., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Почекаев Р.Ю. Соглашения Российской и Британской империй с Йэттишаром: историко-правовое исследование // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 527—544. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-527-544

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-527-544

Research Article

Trade treaties of Russian and British empires with Yattishar: historical and legal study

Roman Yu. Pochekaev  

National Research University Higher School of Economics,
Saint Petersburg, Russian Federation
rpochekaev@hse.ru

Abstract. The relations of the Russia and Britain with the self-declared state of Yettishar was a striking example of different approaches of two empires to the states and peoples of the Central Asian regions within so called “Great Game”, i.e. Russo-English rivalry in the 19th c. The trade treaties of Yattishar with the Russian Empire of 1872 and with the British Empire in 1874 became a legal reflection of these approaches and are of great interest within the context of the historical experience of the legal status of unrecognized states and positions of the rival “world powers” towards such states. The purpose of the article is a historical-legal analysis of above-mentioned treaties and comparative-legal analysis of them with the similar treaties signed by Russia and England with other Central Asian states during the same period. Author attempts to clarify if treaties of 1872 and 1874 confirmed recognition by both empires of Yettishar as a subject of international relations and how these legal documents reflected confrontation of Russia and England in the region. The study is mainly based on the formal-legal, historical legal and comparative-legal methods. Also author used the methods of legal anthropology and general history. The results of the research to a certain extent correlate with modern approaches in the policy of Russian and western powers in Central Asia in terms of political situation in the region as well as political, legal and cultural traditions of Central Asian states and peoples.

Key words: Yattishar (Kashgharia), Russian Empire, British Empire, the Great Game, international treaties of commerce

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The study is by a grant from the Russian Science Foundation (project No. 19-18-00162), implemented at the Leo Tolstoy Institute of Languages and Cultures.

Article received 14 th November 2020

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Pochekaev, R.Yu. (2021) Trade treaties of Russian and British empires with Yattishar: historical and legal study. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 527—544. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-527-544

Введение

Актуальность исследования объясняется необходимостью осмысления исторического опыта политики «мировых держав» в Центральной Азии и, в частности, на территории Восточного Туркестана, входящего в современный

Синьцзян-Уйгурский автономный район КНР, положение которого и в настоящее время не отличается стабильностью. Причины этой нестабильности имеют давнюю историю и, соответственно, неоднократно оказывали влияние на политику государств, имевших политические и экономические интересы в Центральной Азии, затрагивая также их отношения с соседними народами, странами и регионами.

В середине XVIII в. Восточный Туркестан был завоеван империей Цин. Однако на протяжении XIX в. представители свергнутой правящей династии (так называемые Белогорские ходжи) неоднократно поднимали восстания, призывая местное мусульманское население сбросить владычество «неверных» маньчжуров. Все эти попытки оказывались неудачными, и ходжи имели возможность установить контроль лишь над частью своих прежних владений и, в лучшем случае, на несколько месяцев (Valikhanov, 1985:141—156).

Но в первой половине 1860-х гг. на северо-западе империи Цин вспыхнуло мощное антикитайское восстание местных мусульман. В результате изгнания маньчжурской администрации на территории Восточного Туркестана и Илийского края возникло несколько самопровозглашенных мусульманских государств, наиболее сильным из которых стал Йэйтишар («Семиградье»), созданный в 1864 г. эмиром Якуб-беком, выходцем из среднеазиатского Кокандского ханства. За короткое время этот правитель сумел не только обезопасить свои владения от попыток империи Цин восстановить контроль над регионом, но и подчинить себе большинство других государств, возникших в Восточном Туркестане. В отличие от «кратковременных государств», возникших в результате вышеупомянутых восстаний ходжей, государство Якуб-бека оказалось гораздо более прочным и контролировало практически весь Восточный Туркестан.

На рубеже 1860—1870-х гг. Российская и Британская империи сочли государство Якуб-бека достаточно стабильным и значимым в регионе, чтобы отреагировать на попытки эмира установить с ними дипломатические и торговые отношения. В результате они пошли на то, чего не практиковали ранее, во время предыдущих попыток свержения власти империи Цин и восстановления правления мусульманских монархов в регионе — подписали с Якуб-беком договоры о торговле (Bellew, 1875:386). В рамках настоящей статьи предпринимается попытка на основании анализа этих договоров выяснить, в какой степени каждая из империй рассматривала статус Йэйтишара и старалась влиять на его политику с учетом интересов других государств в регионе.

Русско-кашгарский договор 1872 г. и англо-кашгарский договор 1874 г. неоднократно привлекали внимание исследователей, занимавшихся историей Центральной Азии в эпоху противостояния в регионе России и Англии — так называемой «Большой игры» (Terent'ev, 1875; Khalfin, 1965; Sergeev, 2012), а также и авторов трудов, непосредственно изучавших историю государства Йэйтишара (1864—1878), Якуб-бека и его международных связей (Alpysbes et al., 2018; Baskhanov, 1990; Boulger, 1878; Garbuzarova, 2009; Henze 1989; Isiev, 1981; Moiseev, 2003; Vasil'ev, 2019). Имеются и работы, непосредственно посвященные изучению договоров и обстоятельств их заключения: так, еще в середине XX в. Н.В. Байкова защитила кандидатскую диссертацию, посвященную англо-кашгарскому договору 1874 г. (Baykova, 1952), в которой, в традициях советской

историографии, анализировала «агрессивную, захватническую политику Англии в Восточном Туркестане»; уже в начале XXI в. С.В. Моисеев посвятил несколько работ русско-кашгарскому договору 1872 г., в которых детально рассмотрел политические условия и последствия подписания этих договоров, проанализировал официальную позицию российских центральных и региональных властей по Йэттишару (Moiseev, 2001; Moiseev, 2019).

Однако в большинстве случаев исследователи использовали и изучали договоры преимущественно как исторический источник, в незначительной степени учитывая их юридический характер. Кроме того, в литературе получило распространение довольно противоречивое мнение о том, что оба документа имели весьма сходное содержание, но при этом договор, заключенный Йэтишаром с Россией, ничего не менял в формате их отношений, тогда как англо-кашгарский договор означал официальное признание государства Якуб-бека британскими властями (Alder, 1963:50—51; Garbuzarova, 2009:61; Moiseev, 2003:163; Pierce, 1960:146; Sergeev, 2012:329).

Настоящая статья является первой попыткой исследовать оба договора как официальные правовые акты. Для этого автор использует формально-юридический анализ, позволяющий изучить договоры в правовом отношении с точки зрения формы и содержания. Историко-правовой подход позволяет рассмотреть анализируемые правовые памятники в контексте политической обстановки, в которой они появились, выяснить причины и проследить последствия заключения договоров. Наконец, сравнительно-правовой анализ поможет понять, во-первых, каковы были сходства и отличия двух исследуемых документов, а во-вторых — насколько они были типичны или уникальны для каждой из империй, заключивших договор с Йэттишаром. Для ответа на последний вопрос наряду с договорами, которым непосредственно посвящена статья, также привлекаются другие договоры, заключавшиеся обеими империями в рассматриваемый период с государствами центрально-азиатского региона.

Историко-правовой анализ договора Российской империи с Йэттишаром 1872 г.

Подписанию Русско-кашгарского торгового договора 1872 г. предшествовала довольно длительная и активная дипломатическая деятельность, участниками которой стали не только сами Российская империя и Йэттишар, но также Британская империя, империя Цин, Кокандское ханство и соседний с государством Якуб-бека Таранчинский султанат — еще одно самопровозглашенное государство, возникшее на территории Илийского края империи Цин в ходе мусульманского восстания.

Якуб-бек вскоре после прихода к власти стал активно налаживать отношения с Россией, надеясь на признание с ее стороны (Isiev, 1981:37; Moiseev, 2019:78). Однако имперские власти в лице туркестанского генерал-губернатора К.П. фон Кауфмана последовательно отказывали ему в этом, поскольку не желали портить отношения с империей Цин, выступая за ее территориальную целостность. Поскольку до воцарения в Йэттишаре Якуб-бек был высокопоставленным чиновником Кокандского ханства, он прекрасно разбирался

в международно-политической ситуации в Центральной Азии, и для него не была секретом борьба Российской и Британской империй за контроль над регионом. Стремясь «подтолкнуть» российские власти к заключению выгодного для него договора, правитель Йэттишара начал устанавливая контакты с администрацией Британской Индии: в течение 1868—1870 гг. состоялась целая серия обменов дипломатическими миссиями, причем английские власти, в отличие от российских, давали понять Якуб-беку, что готовы установить с ним отношения как с самостоятельным государем (Garbuzarova, 2009:58, 60; Isiev, 1981:38).

По мнению ряда авторов, именно сближение правителя Йэттишара с властями Британской Индии подтолкнуло российскую администрацию к заключению договора с Якуб-беком, опасавшуюся, что Англия заключит с ним договор раньше и на более выгодных условиях, тем самым усилив свои позиции в Восточном Туркестане (Alpysbes et al., 2018:160; Isiev, 1981:41—42; Kiernan, 1955:325; Pierce, 1960:28). Согласно другой версии, Якуб-бек, долгое время настаивавший на полноценном международном договоре, сам согласился на заключение договора на предложенных Россией условиях после присоединения ею Таранчинского султаната (Henze 1989:74; Vasil'ev, 2002:53). Это событие произошло в 1871 г. после неоднократных проявлений враждебности со стороны местного правителя — Алахана Абиль-оглы. Администрация Туркестанского края, предварительно уведомив о своих действиях цинские власти, оккупировало территорию султаната, временно превратив ее в Кульджинский район в составе Семиреченской области и обязуясь вернуть империи Цин после стабилизации обстановки в Восточном Туркестане и соседних регионах.

Якуб-бек, считавшийся союзником султана Алахана, естественно, был обеспокоен решительностью российских властей и сам проявил инициативу по поводу заключения договора. В 1872 г. в Кашгар прибыл представитель туркестанского генерал-губернатора барон А.В. Каульбарс, который после переговоров, которые «шли довольно туго», все же сумел убедить правителя Йэттишара подписать договор на условиях, предложенных К.П. фон Кауфманом, что имело место 8 июня 1872 г.

Теперь обратимся к анализу формы и содержания этого документа.

Прежде всего, отметим, что понятие «договор» следует применять к этому документу достаточно условно: формально он именовался «Условия о свободной торговле, предложенные генерал-адъютантом фон Кауфманом 1-му правителю Джиты-шара [так в тексте — Р.П.] Якуб-беку». Таким образом, во-первых, это — не договор в традиционном понимании, поскольку являлся результатом не взаимной договоренности, а принятия Якуб-беком условий, предложенных ему российской стороной. Само понятие «условия», полагаем, должно было создать у других держав, имеющих интересы в регионе (в первую очередь — у Цинской и Британской империй) впечатление о невысокой юридической силе этого документа. Как представляется, эта цель российских властей была достигнута: в британском парламенте при обсуждении ситуации в Восточном Туркестане 3 мая 1874 г. русско-кашгарский договор был классифицирован как коммерческий договор — из разряда тех, которые при заключении «с азиатскими державами не имеют большого значения».

Также нельзя не обратить внимания на то, что с российской стороны договор подписан не главой государства, а лишь руководителем региональной

администрации — туркестанским генерал-губернатором К.П. фон Кауфманом. Безусловно, первый начальник Туркестанского края обладал экстраординарными полномочиями по сравнению с другими губернаторами и генерал-губернаторами в Российской империи, включая право самостоятельных внешнеполитических контактов, что небезосновательно отмечают исследователи (Sergeev, 2012:107). Тем не менее, как представляется, подписание договора с одной стороны главой государства (пусть и непризнанного), а с другой — лишь главой региона (хотя бы и с исключительным статусом) также отражало позицию российских властей, не рассматривавших Йэттишар в лице его правителя как равноправного партнера на международной арене.

На неравноправие сторон также указывает термин «владелец», применяемый в договоре по отношению к Якуб-беку (Kim, 2004:142—143). В отличие от «хана», «эмира», даже «правителя», это понятие не имеет четкого правового статуса, что, без сомнения, и пытались подчеркнуть составители документа: применяя его к главе Йэттишара, они отражали нелегитимный характер его правления. Надо сказать, что и в прежние времена в официальной российской документации (включая и документы международно-правового характера) термин «владелец» или «владелец» использовался в отношении правителей Центральной Азии, в статусе которых российские администраторы или дипломаты не были уверены. Так в XVIII—XIX вв. именовались правители среднеазиатских ханств Бухары и Хивы, Джунгарского ханства (до установления с ними прямых контактов), ханы казахских жузов или отдельных родоплеменных подразделений, ташкентский правитель Юнус-ходжа (1764—1805) и др.

Обратившись к содержанию «Условий...», следует отметить удивительную краткость документа: он содержит всего лишь пять весьма кратких статей.

Ст. I предусматривает свободный въезд российских торговцев в Йэттишар, а на его «почтенного владельца» возлагает обязанность гарантировать безопасность русских и их имущества. Весьма характерно, что для подданных Якуб-бека предусматривались аналогичные права на территории Российской империи, но не указывалось, кто выступает гарантом их безопасности.

Ст. II позволяет российским купцам иметь на территории Йэттишара свои караван-сарай, одновременно являющиеся товарными складами. Аналогичное право предусматривается и для торговцев из Йэттишара.

Одной из самых важных и, по мнению исследователей, противоречивых, является ст. III, согласно которой русским купцам в Йэттишаре и, соответственно, местным торговцам в Туркестанском крае позволяется иметь «торговых агентов (караван-башей)», функции которых К.П. фон Кауфман определил как «наблюдение за правильным ходом торговли и за законным взиманием пошлины». Некоторые исследователи полагают, что речь идет об официальных российских дипломатах — торговых представителях (Alder, 1963:45; cf.: Henze 1989:81; Kiernan, 1955:326). Однако такое мнение представляется ошибочным: в статье «Условий...» прямо говорится о том, что право иметь торговых агентов предоставляется именно купцам, а не Российской империи и даже не администрации Туркестанского края: речь идет лишь о выборных от самого купечества авторитетных представителях для контроля торговых операций и налогообложения в этой сфере. Эта особенность подчеркивается сравнением «Условий...»

1872 г. с договорами, которые Российская империя заключала с империей Цин касательно того же Восточного Туркестана в 1851 г. (Кульджинский трактат), 1860 г. (Пекинский договор) и 1881 г. (Санкт-Петербургский договор): эти документы прямо предусматривали пребывание в регионе и, в частности, в Кашгаре российских дипломатических представительств — торговых консульств.

Ст. IV уточняет размер ввозной (таможенной) пошлины с товаров, ввозимых из России в Йэтишар: она должна составлять 2,5 % от стоимости товара, т. е. столько, сколько взималось в Йэтишаре с мусульманских подданных Якуб-бека. Речь шла о приравнивании таможенной пошлины с русских товаров к традиционному мусульманскому налогу с прибыли — зякету (закату), согласно канонам шариата составлявшему как раз 1/40 от дохода.

Наконец, ст. V предусматривала свободу транзитной торговли, т. е. беспошлинный проезд русских торговцев через территорию Йэтишара в другие государства (вероятно, прежде всего имелся в виду Китай) и аналогичное право для кашгарских торговцев. Впрочем, не приходится сомневаться, что это положение для последних оказывалось не слишком востребованным: вряд ли подданные Якуб-бека планировали вести торговлю с государствами Европы, да еще и добираясь туда через российские пределы — для контактов с европейскими партнерами они, как мы увидим ниже, использовали торговые пути через британские владения в Индии.

Итак, можно убедиться, что все статьи русско-кашгарского договора 1872 г. регулируют практически исключительно торговую сферу и посвящены защите интересов российских торговцев, которые вели дела в Йэтишаре или следовали транзитом через его территорию. «Договорный» характер статей отражается в принципе взаимности практически по всем правам и свободам, которые «Условия...» предусматривали для российских торговцев: аналогичные положения касались и купцов из числа подданных Якуб-бека.

Неоднозначность международно-правового положения Йэтишара при сохранении за Восточным Туркестаном статуса весьма важного в политическом и особенно экономическом отношении центрально-азиатского региона объясняет осторожность формулировок анализируемого документа: как видим, никакие политические вопросы им не регулировались, речь шла всего лишь о защите интересов российского купечества (Moiseev, 2019:79). Несомненно, усилия и самого Кауфмана, и его представителя барона Каульбарса по разработке и подписанию этого договора заслуживают уважения. Однако при этом следует иметь в виду, что «Условия...» отнюдь не разрабатывались «с нуля»: опыт подготовки и заключения такого рода у туркестанской администрации уже имелся.

Еще за четыре года до подписания русско-кашгарского договора, в 1868 г. тот же К.П. фон Кауфман заключил соглашения с Кокандским ханством и Бухарским эмиратом, которые положили начало системе протекторатов Российской империи в Средней Азии. Обратившись к текстам этих документов, мы с удивлением обнаруживаем, что они имеют значительные сходства с анализируемым договором 1872 г. Более того, русско-кокандский договор, подписанный К.П. фон Кауфманом и ханом Худояром в январе—феврале 1868 г., содержит те же пять статей, совпадающих по смыслу. Более того, почти все статьи (за исключением первой) практически идентичны в обоих договорах. Еще более добавляет

сходств и формат этого договора: как и в случае с Йэттишаром, речь идет не о полноценном договоре, а о «Торговых обязательствах», которые, правда, обе стороны — Россия (в лице туркестанского генерал-губернатора) и Коканд — подписали как самостоятельные субъекты международных отношений.

Есть основания полагать, что договор с Кокандом стал «прототипом» для договора с Якуб-беком, и дело не только в «универсальности» формулировок, впервые использованных в договоре 1868 г. Как уже отмечалось выше, правитель Йэттишара был высокопоставленным кокандским сановником, активно участвовавшим в придворных интригах и междоусобицах. Более того, «кокандское прошлое» Якуб-бека существенно повлияло на начальный этап взаимоотношений администрации Туркестанского края с правителем Йэттишара: Кауфман считал, что Якуб-бек до сих пор является (по меньшей мере номинально) подданным хана Худояра и неоднократно прибегал к услугам последнего как посредника в переговорах с кашгарским владельцем. Возможно, такую позицию Кауфмана обусловили и прежние связи Кокандского ханства с Кашгаром, в котором кокандские ханы еще в 1830—1850-е гг. по согласованию с империей Цин имели собственных администраторов и сборщиков таможенных и торговых налогов (Newby, 2005:184—209). Лишь к началу 1872 г. Якуб-бек сумел добиться, чтобы российские власти взаимодействовали с ним напрямую (Kim, 2004:142; Vasil'ev, 2019:269—270).

Что касается российско-бухарского договора, заключенного 11 мая 1868 г., то, хотя и он имеет значительные сходства с анализируемыми «Условиями...» 1872 г., обстоятельства его заключения были несколько иными, что и обусловило некоторые его отличия от договора с Кокандом. Договор с ханом Худояром (как и с Якуб-беком) был подписан в результате дипломатического взаимодействия, не сопровождавшегося боевыми действиями, тогда как договор с Бухарой стал результатом короткой, но победоносной для России войны с эмиратом. Соответственно, назывался он «Условия мира, предложенного генерал-адъютантом фон Кауфманом его высокостепенству эмиру бухарскому Сеид-Музаффар-Бахадурхану» и содержал три документа. Помимо наиболее интересующих нас «Условий о торговле», в него также входили «Дополнение к условиям мира», фиксировавшее изменение границы между Российской империей и Бухарским эмиратом (в результате отторжения в пользу России ряда бухарских территорий) и «Секретное дополнение к условиям мира», определявшее размер и порядок выплаты эмиром Музаффаром контрибуции. Как бы то ни было, но последующее «лояльное» поведение бухарского эмира привело к тому, что вплоть до заключения в 1873 г. «Договора о дружбе» (Шаарского договора) от 28 сентября 1873 г. именно эти «Условия о торговле» являлись основным документом, регулирующим отношения России и Бухары. Нельзя не обратить внимания на то, что даже его название сходно с российско-кашгарским договором 1872 г.

В отличие от российско-кокандского и российско-кашгарского договоров, «Условия о торговле» с Бухарой включали не пять, а шесть статей. Однако это — лишь формальное отличие: ст. 1 и 2, по сути, составляют собой ст. 1 российско-кашгарского соглашения, поскольку первый из них предусматривает свободный въезд российских подданных в Бухару, а второй возлагает обеспечение их безопасности на эмира. Все остальные статьи (3—6) практически идентичны ст. 2—5 российско-кокандского и российско-кашгарского договоров.

Таким образом, содержание российско-кашгарского соглашения 1872 г. не является уникальным: оно составлялось, исходя из опыта выстраивания политических и в особенности экономических отношений с другими государствами Центральной Азии, имеющими много общих черт с Йэттишаром с точки зрения государственного устройства и правовой системы. Сравнение договора Российской империи с Йэттишаром и ее же договоров с Кокандом и Бухарой 1868 г. дает основание еще для одного вывода. Как было отмечено выше, с заключением этих договоров в исследовательской литературе связывается установление российского протектората над Кокандским ханством и Бухарским эмиратом. Однако, как мы убедились, оба договора, по сути, аналогичны соглашению с Йэттишаром, в отношении которого у России не было (и не могло быть, исходя из специфики отношений с империей Цин) намерений установления протектората или иной формы зависимости. Таким образом, сравнительный анализ трех документов дает еще один аргумент в пользу того, что договоры с Кокандом и Бухарой никак не фиксировали зависимость от России правового положения этих среднеазиатских ханств: оно обеспечивалось на практике при строгом юридическом признании обоих государств самостоятельными участниками международных отношений.

Историко-правовой анализ договора Британской империи с Йэттишаром 1874 г.

Заключение договора с Йэттишаром британскими властями, несомненно, стало прямым следствием российско-кашгарского соглашения 1872 г.: конечно же, англичане не собирались без сопротивления уступать России влияние над этим стратегически важным центрально-азиатским регионом, который к тому же прилегал к владениям Британской Индии (Baskhanov, 1990:104).

Подписание договора 1874 г. стало результатом долгих и многоэтапных переговоров властей Британской Индии с самопровозглашенным правителем Йэттишара, в ходе которых стороны и достигали согласия, и вступали в противоречия, прибегали к политическому шантажу, используя «российский» или «цинский факторы». Примечательно, что на раннем этапе англо-кашгарских отношений сам Якуб-бек избегал вопроса о заключении торгового соглашения с англичанами, надеясь на выгодный договор с Россией (Henze 1989:73). А в 1873 г. Сейид Якуб-хан, посол Якуб-бека, на переговорах с английскими властями в Калькутте прямо предложил им заключить соглашение с Россией, согласно которому Йэттишар стал бы «буферным государством» между двумя империями (Karpat, 1991:22; Kim, 2004:145; Veselovskiy, 1899:100).

Соответственно, поначалу и англичане не стремились к налаживанию полноценных отношений с Йэттишаром, полагаясь на заверения главы российского внешнеполитического ведомства князя А.М. Горчакова, который утверждал, что «Россия не имеет никаких завоевательных намерений в отношении Кашгара и желает развивать с ним дружеские торговые и соседские отношения, но признать его не может из-за неуверенности в прочности его власти и потому, что он не признан Китаем» (cit. by: Baskhanov, 1990:115). Однако последующие действия туркестанского генерал-губернатора К.П. фон Кауфмана, имевшие следствием

заявление Илийского края в 1871 г. и подписание договора с Йэттишаром в 1872 г., заставили британские власти форсировать события и, в конечном счете, подписать с Якуб-беком собственный вариант торгового договора (Baskhanov, 1990:118). Подписание состоялось 2 февраля 1874 г. в ходе миссии в Кашгар британского чиновника и дипломата Т.Д. Форсайта (Forsyth), который и прежде, в 1869—1870 гг., уже бывал у Якуб-бека для переговоров об установлении дипломатических и торговых отношений.

Как уже упоминалось, исследователи неоднократно отмечали близость содержания российско-кашгарского и англо-кашгарского договоров (что, собственно, и послужило основанием для проведения настоящего исследования), однако только детальный формально-юридический анализ обоих документов позволяет подтвердить или опровергнуть это утверждение. Поэтому, как и в случае с «Условиями...» 1872 г., проанализируем форму и содержание этого документа.

Сразу обращает на себя внимание, что, в отличие от «Условий о свободной торговле», предложенных К.П. фон Кауфманом и подписанных Якуб-беком в 1872 г., англо-кашгарское соглашение официально носило название «торговый договор» (Treaty of commerce), которое фигурирует в документе. Контрагенты в ст. I именуются «высокими договаривающимися сторонами», что также указывает на договорный характер документа.

Также, в отличие от российско-кашгарского соглашения, в преамбуле анализируемого документа Якуб-бек фигурирует не с неопределенным титулом «владелец/владелец», а официально титулуется «эмир, правитель территории Кашгара и Яркенда», а сам договор предусматривает действие также при его «наследниках и преемниках». С британской стороны он подписан вышеупомянутым Т.Д. Форсайтом, уполномоченным представителем вице-короля Индии лорда Нортбрука, который сам подписал и заверил печатью этот документ 13 апреля того же года. Формально-юридического сходство между российско-кашгарским и англо-кашгарским соглашениями, таким образом, состоит в том, что с «имперской» стороны оба документа подписаны всего лишь главами региональных администраций. Однако стоит обратить внимание на то, что К.П. фон Кауфман имел право на подписание таких документов в силу полномочий, предоставленных лично ему (последующие туркестанские генерал-губернаторы не обладали такой широкой компетенцией), тогда как лорд Нортбрук подписал договор в качестве вице-короля Индии, т. е. обладая полномочиями в силу занимаемого положения.

В содержательном отношении англо-кашгарский договор гораздо больше «Условий...» 1872 г.: он содержит 12 статей, некоторые из которых, к тому же весьма объемные. Правда, при анализе содержания конкретных статей создается впечатление, что англичане специально «раздули» те или иные правила, чтобы «превзойти» своих российских конкурентов.

Так, например, ст. I предусматривает свободу въезда, торговли и пребывания английским подданным в Йэттишаре и подданным Якуб-бека в Британской Индии, а ст. 2 — отсутствие взаимных ограничений при проходе и перевозке товаров. Аналогичные положения были весьма кратко сформулированы в ст. I «Условий...» 1872 г.

Ст. 3 устанавливает обязательное наличие у «европейских британских подданных» (вероятно, имеются в виду английские торговцы, не проживающие постоянно в Индии) паспортов, без которых они не вправе пользоваться соответствующими правами и привилегиями.

Ст. 4 предусматривает обложение товаров из Британской Индии во владения Якуб-бека ввозной пошлиной в размере 2,5 % от их стоимости (т. е. вышеупомянутый зякет), тогда как импортируемые из его владений в Индию товары вообще не должны облагаться пошлинами. Это, на первый взгляд, странное и неравноправное (причем для английской стороны!) условие компенсируется возможностью обложения таких товаров «в соответствии с правилами акцизов и сборов согласно городским и муниципальным правилам». Ст. 5 дополняет положения предыдущей, не допуская вскрытия товаров из Индии до прибытия их в место назначения и позволяя, в случае невозможности определения стоимости товаров, взять в качестве ввозной пошлины 1/40 часть их количества. Если в таких случаях возникает спор, то он решается двумя уполномоченными — от чиновников Якуб-бека и от «импортера», т. е. британского торговца.

Наиболее важной является ст. 6 договора, согласно которой британские власти имели право назначать представителя (representative) при дворе Якуб-бека и подчиняющихся ему коммерческих агентов в городах и населенных пунктах Йэттишара. Эти представители должны были «иметь ранг и привилегии, соответствующие посольским, согласно международному праву, а агенты должны обладать привилегиями, принадлежащими консулам наций с режимом наибольшего благоприятствования». Именно эта статья и дает основание исследователям считать, что Британия договором 1874 г. официально признала Якуб-бека легитимным правителем и установила с ним официальные дипломатические отношения. Это мнение подкрепляется положениями ст. 8 (самой объемной в документе), предусматривающей у вышеупомянутых представителей и коммерческих агентов судебных функций в отношении британских подданных на территории Йэттишара. Если же одной из сторон в уголовном деле выступал подданный Якуб-бека, то оно находилось в компетенции местного суда, который, однако, должен был рассматривать дело в присутствии британского агента. Более того, такой представитель британских властей мог по прошению участника процесса, либо собственному усмотрению потребовать повторного разбирательства дела в другом местном суде, если считал решение или приговор несправедливым.

Ст. 7 поначалу представляется «случайно вклинившейся» между ст. 6 и 8, поскольку касается права британских подданных иметь в собственности или найме земли, дома и склады. Однако смысл ее включения в блок, посвященный статусу британских дипломатических представителей в Йэттишаре, становится понятным из ее второй части: никто не вправе проникать туда без разрешения представителя, агента, а проникновение разрешено только в присутствии назначаемых ими лиц.

Ст. 9 включает в число лиц, пользующихся правами и привилегиями на территории Йэттишара, также «подданных всех индийских князей и государств, находящихся в союзе с ее величеством королевой». Ниже мы приведем причины включения этой статьи в договор.

Ст. 10 имеет чисто процессуальный характер: она определяет порядок предоставления копий показаний и иных судебных документов и их заверения в соответствующем суде.

Ст. 11 касается судьбы имущества британского подданного, скончавшегося на территории Йэттишара и, «с соответствующими корректировками» (*mutatis mutandis*), судьбы имущества подданного Якуб-бека, умершего в Британской Индии. Англичане постарались установить «европейский» принцип распоряжения таким имуществом, в соответствии с которым оно должно было передаваться наследникам или душеприказчикам умершего, а не присваиваться местными властями.

Наконец, ст. 12 определяет порядок взыскания долга за счет имущества британского подданного его кредиторами в Йэттишаре и то же «с соответствующими оговорками» в отношении подданных Якуб-бека в Индии. Правда, и здесь предусматривается «посредничество» британского представителя в кашгарских владениях.

Таким образом, англо-кашгарский договор, несмотря на его «торговый» характер, как видим, содержит положения, касающиеся организации дипломатического взаимодействия Британской Индии и Йэттишара. Впрочем, если подойти к этим положениям с точки зрения буквального толкования, то можно увидеть, что формально эти представители должны были заниматься вопросами, также касающимися экономической сферы, и защищать интересы своих подданных в случаях возникновения противоречий в связи с торговой деятельностью.

Как и администрация Туркестанского края, власти Британской Индии при составлении проекта договора опирались на свой предыдущий опыт выстраивания договорных отношений с другими субъектами международного права — в частности, с индийскими княжествами. Наиболее близким по хронологии заключения и содержанию к договору 1874 г. видится заключенное в 1870 г. соглашение между британскими властями и Ранбир Сингхом, махараджей Джамму и Кашмира.

Этот документ также официально имеет статус договора и тоже подтвержден вице-королем Индии графом Мейо. Наряду с положениями о свободном въезде на территорию британских торговцев и их свободном транзитном проезде документ предусматривает назначение британских чиновников для контроля торговых путей (ст. 1) и комиссаров (*commissioners*) для контроля сборов и пошлин и решения споров с участием британских подданных (ст. 2). Весьма любопытно, что этот договор заключался в значительной степени с целью обеспечения транзитного проезда для британских подданных именно в Восточный Туркестан, являясь, таким образом, «подготовительной стадией» к заключению соглашения с самим Якуб-беком.

Чиновников и комиссаров британского правительства в Джамму и Кашмире можно отождествить с представителями и коммерческими агентами в Йэттишаре, деятельность которых предусматривалась договором 1874 г. Однако при этом нельзя не учитывать, что Джамму и Кашмир еще в первой половине XIX в. попали под контроль английских властей, став вассальным владением Британской Индии. Поэтому пребывание в нем английских чиновников представлялось вполне логичным элементом контроля со стороны государства

сюзерена. Получается, что английские власти, разрабатывая проект соглашения с Якуб-беком, изначально ставили целью подчинение Йэттишара, чего вовсе не намеревалась делать Россия.

В связи с этим совершенно логичным представляется сравнительный анализ российско-кашгарского и англо-кашгарского договоров и последствий их заключения, который мы и проводим ниже.

Сравнительно-правовой анализ договоров 1872 и 1874 гг.

На основе проведенного выше формально-юридического анализа каждого из договоров и их сравнения с другими актами, заключавшимися обоими государствами с другими центрально-азиатскими партнерами, теперь попытаемся ответить на вопрос о степени их сходства между собой и, как следствие, обоснованности утверждений о признании или непризнании Россией и Великобританией государства Йэттишар.

Безусловно, в формальном отношении сразу обращает на себя внимание разное название документов: русско-кашгарский договор представляет собой «условия», тогда как англо-кашгарский прямо именуется «договором». Также мы уже обратили внимание на осторожное титулование Якуб-бека «владельцем» со стороны российских властей и признание его «эмиром и правителем», причем наследственным, со стороны британских.

Вопросы, непосредственно касающиеся организации торговой деятельности, в принципе, достаточно сходно регламентируются обоими документами, разве что в англо-кашгарском договоре гораздо больше внимания уделяется вопросам процессуального характера, связанным с разбирательством споров, взиманием долгов, судьбой имущества умерших иностранных торговцев и проч. Впрочем, исходя из специфики английского права и его источников, можно счесть эту детализацию отличительной чертой британского регулирования частноправовых отношений.

Больше всего вопросов вызывают положения ст. III и ст. 6 англо-кашгарских соглашений, касающихся статуса представителей России и Британской Индии в Йэттишаре. Казалось бы, в обоих случаях речь идет о лицах, уполномоченных надзирать за соблюдением правил торговли, законностью взимания пошлин и в целом — защиты интересов купечества соответствующего государства. Однако нетрудно заметить принципиальное отличие в положениях договоров 1872 и 1874 гг. Ст. III российско-кашгарского соглашения предоставляет русским торговцам «право иметь» торговых агентов (караван-башей), т. е. речь идет о представителе, выбранном от самих торговцев и по их усмотрению. Ст. 6 англо-кашгарского договора прямо указывает, что представитель при Якуб-беке и коммерческие агенты назначаются британским правительством. Таким образом, частноправовому характеру назначения и деятельности русских торговых агентов противопоставляется однозначно публично-правовой статус британских представителей, который еще и подчеркивается фактом присвоения им «ранга и привилегий», соответствующим официальным дипломатическим представителям — послам и консулам.

Позволяют ли выявленные отличия присоединиться к вышеупомянутым мнениям исследователей и однозначно констатировать, что англо-кашгарский

договор, в отличие от российско-кашгарского, свидетельствовал о формальном дипломатическом признании Йэттишара в качестве официального и самостоятельного участника международных отношений?

Как представляется, оснований для такого утверждения недостаточно. Во-первых, британские представитель и коммерческие агенты, согласно договору, лишь «приравнялись», соответственно, к послам и консулам, но формально не являлись таковыми; следовательно, не шло речи об открытии в Йэттишаре полноценного посольства и консульств. Во-вторых, в отличие от прав и привилегий торговцев, право на назначение таких чиновников со стороны Йэттишара договор 1874 г. не предусматривал. Наконец, выше мы уже проводили параллель между этими представителями и английскими чиновниками в княжестве Джамму и Кашмир, подконтрольном Британской Индии. Таким образом, вполне очевидным представляется намерение британских властей не признать Йэттишар самостоятельным субъектом международно-правовых отношений, а подчинить его себе в экономическом и политическом отношении, приравняв по статусу к вассальным княжествам Северной Индии (Baskhanov, 1990:120; Isiev, 1981:42—43). Кроме того, нельзя сбрасывать со счетов и стремление британских властей, уже ознакомившихся с содержанием «Условий...» 1872 г., «перешеголять» Россию с помощью более выгодных для Якуб-бека условий договора, более высокого статуса британских представителей в его владениях и проч.

Естественно, это намерение не могло не стать очевидным для опытного и проницательного политика Якуб-бека. Поэтому он, охотно подписав договор с англичанами, весьма критично отнесся к его положениям, касавшимся статуса британского представителя в Йэттишаре, и не замедлил проявить свое отношение на практике. После заключения договора и отбытия посольства Т.Д. Форсайта в качестве такого представителя («чиновника для особых поручений») при дворе Якуб-бека сразу был оставлен Р. Шоу (Shaw) — еще один опытный британский дипломат, также неоднократно прежде бывавший в Кашгаре (Kim, 2004:145). Поначалу его пребывания в полной мере устраивало Якуб-бека, поскольку позволяло демонстрировать России, что не только с ней у Йэттишара установлены экономические отношения. К тому же вскоре после подписания договора, в 1874 г., в государство Якуб-бека была доставлена крупная партия оружия и боеприпасов из Индии (что прямо противоречило российско-британским договоренностям по Центральной Азии) (Isiev, 1981:43). Однако когда британский представитель попытался вмешиваться в политику Якуб-бека, т. е. делать то, для чего и был фактически оставлен при дворе правителя Йэттишара тот просто-напросто выдворил его из своих владений под предлогом, что не согласовал его пребывание со своим сюзереном — османским султаном (Alder, 1963:52; Alpysbes et al., 2018:164).

Таким образом, Англия практически ничего не выиграла от своего соглашения, которое впоследствии соблюдалось обеими сторонами в большей степени номинально (Alder, 1963:55). Эта номинальность со временем стала диктоваться и объективными причинами: с 1876 г. государство Якуб-бека стало слабеть под натиском цинских войск, усиливавших натиск на Восточный Туркестан с целью восстановления своего контроля над регионом. В этих условиях британским

властям, конечно же, не было резона вступать в конфронтацию с империей Цин ради гибнувшего самопровозглашенного государства, и они всячески уклонялись от попыток Якуб-бека возобновить и расширить дипломатические контакты (Baskhanov, 1990:125—126).

Объективности ради, впрочем, следует сказать, что и российско-кашгарское соглашение не оказалось столь эффективным, как надеялись обе стороны. Современники отмечали незначительность российской торговли в Йэттишаре, хотя и признавали, что перспективы ее роста весьма велики, учитывая давние торговые связи России с Восточным Туркестаном как в докитайский, так и в цинский периоды (Kuropatkin, 1879:50—59; Maev, 1876:86, 89). Вину за слабое развитие торговых отношений они не без оснований возлагали на Якуб-бека, который вскоре после подписания «Условий...», видимо, осознал их номинальный характер и выказывал недовольство этим, создавая препятствия для российских торговцев в своих владениях (Biddulph, 1874:75; Morrison, 2019). Двудличие правителя Йэттишара ярко проявилось в его корреспонденции: в своих посланиях и Кауфману, и центральным российским властям он выражал удовлетворение дружескими отношениями и заключением соглашения с Россией, тогда как в посланиях другим мусульманским правителям региона (в частности — тому же кокандскому хану Худояру) писал, что «неверным» предоставлено слишком много прав в его владениях, и хорошо бы им вообще запретить доступ в Йэттишар.

Таким образом, реализация на практике российско-кашгарского и англо-кашгарского соглашений еще раз продемонстрировала, насколько принципиально отличались представления европейских и азиатских властей о международно-правовых отношениях, и что договоры, составленные в соответствии с принципами и нормами европейской правовой традиции, оказывались неэффективными в центрально-азиатских политических и правовых реалиях.

Заключение

Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, оба договора, несмотря на особенности правового положения Йэттишара, в полной мере соответствовали политике России и Британии в Центральной Азии и имели значительные сходства — вплоть до совпадения формулировок отдельных пунктов, — с договорами, которые обе империи заключали с другими государствами центрально-азиатского региона, которые не считали самостоятельными субъектами международных отношений. С учетом этих особенностей Россия и Британия *de-facto* поддерживали достаточно полноценные дипломатические отношения с Йэттишаром вплоть до его падения.

Во-вторых, ни один из проанализированных договоров не дает оснований считать, тем не менее, что власти империй признавали законность существования Йэттишара и, соответственно, легитимность правления Якуб-бека. И если российско-кашгарский договор 1872 г. большинство исследователей и прежде не рассматривали как свидетельство официального признания государства Якуб-бека Россией, то в отношении англо-кашгарского договора такого единодушия, как мы убедились выше, не было. Анализ его формы и содержания убеждает, что

власти Британской Индии отнюдь не стремились рассматривать Йэттишар в качестве полноправного партнера, а намеревались навязать ему роль «вассального владения». Таким образом, анализ обоих документов, сравнение их с аналогичными договорами, заключавшимися каждой из империй, позволяет до известной степени сформировать представление о степени «колониализма» России и Великобритании в Центральной Азии.

В-третьих, обтекаемость формулировок обоих договоров (особенно подготовленного англичанами) позволяет сделать вывод, что судьба Йэттишара в глазах российских и британских властей являлась весьма неопределенной, и, в зависимости от ситуации, они могли в дальнейшем позволить себе различные толкования пунктов соглашений как при выстраивании отношений с Йэттишаром, так и для дальнейшего дипломатического давления на империю Цин. Но кратковременность существования этого государства, прекратившего существование вскоре после смерти Якуб-бека (ум. 1877), привела к аннулированию обоих договоров (Kiernan, 1955:319).

Наконец, несмотря на то, что заключение договоров диктовалось, в первую очередь, противостоянием России и Англии в рамках «Большой игры», их соперничеством за контроль над распространением влияния над таким стратегически важным регионом, как Восточный Туркестан, тем не менее, империи учитывали разные факторы при выстраивании отношений с Йэттишаром. Так, Российская империя в значительной степени учитывала состояние своих отношений с империей Цин и старалась формулировать условия своего взаимодействия с государством Якуб-бека так, чтобы не усложнить и без того непростое взаимодействие с маньчжурскими властями. Для Великобритании же основным стимулом для установления и поддержания отношений с Йэттишаром стало именно соперничество с Россией, тогда как «китайский фактор» власти Британской Индии практически не принимали во внимание вплоть до падения Йэттишара.

References / Список литературы

- Alder, G.J. (1963) *British India's Northern Frontier, 1865—95: A study in imperial policy*. London, Longmans, Green and Co., Ltd.
- Alpysbes, M.A. et al. (2018) The history of the state of Yaqub-beg and the “great game” in East Turkistan. *Otan tarikhy*. 3 (83), 155—168. (in Russian)
Алтысбес М.А., Ергалиева Д.С., Халиева А.Н. История государства Якуб-бека и «Большая игра» в Восточном Туркестане // *Отан тарихы*. 2018. № 3 (83). С. 155—168.
- Baykova, N.B. (1952) *Anglo-Kashghar Trade Treaty of 1874 (On the history of the “Central Asian Question”)*. Abstract Diss ... cand. histor. of sciences. Tashkent. (in Russian).
Байкова Н.Б. Англо-кашгарский торговый договор 1874 г. (Из истории «среднеазиатского вопроса»): автореф. дисс. ... канд. ист. наук. Ташкент, 1952. 18 с.
- Baskhanov, M.K. (1990) The Policy of England toward the State of Yakub-beg. In: Iskhakov G.M. (ed.) *On History of International Relations in the Central Asia (Middle Ages and Modern Period)*. Alma-Ata, Ghylym Publ. pp. 100—133. (in Russian).
Басханов М.К. Политика Англии в отношении государства Якуб-бека // Из истории международных отношений в Центральной Азии (средние века и новое время) / отв. ред. Г.М. Исхаков. Алма-Ата: Гылым, 1990. С. 100—133.
- Bellew, H.W. (1875) *Kashmir and Kashghar: A Narrative of the Journey of the Embassy to Kashghar in 1873—1874*. London, Truner & Co.
- Biddulph, J. (1874) *The Atalik Ghazee, with sketch of the history of Kashghar since 1863*. Calcutta, Private Secretary's Office Press.

- Boulger, D.Ch. (1878) *The life of Yakoob Beg, athalik Ghazi and Badaulet, ameer of Kashgar*. London, W.H. Allen & Co.
- Garbuzarova, E.G. (2009) Eastern Turkestan in the Spectrum of Geopolitical Interests of Russia and Great Britain in the 19th. *AUCA Academic Review*. 1, 55—63. (in Russian).
Гарбузарова Е.Г. Восточный Туркестан в спектре геополитических интересов России и Великобритании в XIX в. // *AUCA Academic Review*. 2009. Вып. 1. С. 55—63.
- Henze, P.B. (1989) *The Great Game in Kashgaria. British and Russian missions to Yakub Beg*. *Central Asian Survey*. 8 (2), 61—95.
- Isiev, D.A. (1981) *Uyghur State of Yettishar (1864—1877)*. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Исиев Д.А. Уйгурское государство Йэйтишар (1864—1877). М.: Наука, 1981. 92 с.
- Karpat, K.H. (1991) Yakub Bey's relations with the Ottoman sultans: A reinterpretation. *Cahiers du monde russe et soviétique*. XXXII. (1), 17—32.
- Khalfin, N.A. (1965) *Joining of the Central Asia to Russia (60th—90th of the 19th century)*. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
Халфин Н.А. Присоединение Средней Азии к России (60—90-е годы XIX в.). М.: Наука, 1965. 468 с.
- Kiernan, V.G. (1955) Kashghar and the Politics of Central Asia, 1868—1878. *Cambridge Historical Journal*. 11 (3), 317—342.
- Kim, H. (2004) *Holy War in China: The Muslim rebellion and state in Chinese Central Asia, 1864—1877*. Stanford University Press.
- Kuropatkin, A.N. (1879) *Kashghariya. Historical and Geographical Essay of the Country, Its Armed Forces, Industry and Trade*. Saint Petersburg, Balashev's V.S. Printing Press. (in Russian).
Куропаткин А.Н. Кашгария. Историко-географический очерк страны, ее военные силы, промышленность и торговля. СПб.: Типография В.С. Балашева, 1879. 435 с.
- Maev, N. (1876) Trade Realties with Kashghar. *Materials for statistics of the Turkestan region*. Iss. 4. Saint Petersburg, A. Transhel's Printing Press and Chromolithography. pp. 86—89. (in Russian).
Маев Н. Торговые сношения с Кашгаром // *Материалы для статистики Туркестанского края*. Вып. IV. СПб.: Типография и хромофотография А. Траншеля, 1876. С. 86—89.
- Moiseev, S.V. (2001) The Mission of A.V. Kaul'bars to Yettishar and Signing of Russian-Kashghar Trade Treaty in 1872. In: Boyko, V.S. (ed.) *Russia, Siberia and Central Asia: Interaction of Peoples and Cultures: Materials of the 3rd International Scientific and Practical Conference. November 15 — 16, 2001*. Barnaul, Barnaul State Pedagogic University Press. pp. 21—26. (in Russian).
Моисеев С.В. Миссия А.В. Каульбарса в Йэйтишаре и подписание русско-кашгарского торгового договора в 1872 г. // *Россия, Сибирь и Центральная Азия: взаимодействие народов и культур: материалы III Международной научно-практической конференции, 15—16 ноября 2001 г.* / отв. ред. В.С. Бойко. Барнаул: Изд-во Барнаульского государственного педагогического ун-та, 2001. С. 21—26.
- Moiseev, S.V. (2003) *Relations of Russia and Uyghur Sate of Yettishar in 1864—1877*. Diss ... cand. histor. of sciences. Barnaul, Barnaul State Pedagogical University. (in Russian).
Моисеев С.В. Взаимоотношения России и Уйгурского Государства Йэйтишар в 1864—1877 гг.: дисс. ... канд. ист. наук. Барнаул, Барнаульский государственный педагогический университет, 2003. 224 с.
- Moiseev, S.V. (2019) Causes and Consequences of the Conclusion of the Russian-Kashghar Trade Treaty of 1872. *Izvestiya Altayskogo Gosudarstvennogo Universiteta*. 6 (110), 75—80. (in Russian).
Моисеев С.В. Причины и последствия заключения русско-кашгарского торгового договора 1872 г. // *Известия Алтайского государственного университета*. 2019. № 6 (110). С. 75—80.
- Morrison, A. (2019) *British India and the Chinese borderlands, 1869—1950: The political and secret records of the Government of India, India Office Library, British Library*. London, Cengage Learning.

- Newby, L.J. (2005) *The Empire and the Khanate: A Political History of Qing Relations with Khoqand c. 1760—1860*. Leiden, Boston, Brill.
- Pierce, R.A. (1960) *Russian Central Asia 1867—1917: A Study in Colonial Rule*. Berkeley; Los Angeles, University of California Press.
- Sergeev, E.Yu. (2012) *The Great Game, 1856—1907: Myths and Realities of Russian-British Relations in the Central Asia*. Moscow, Association of Scientific Publications KMK Publ. (in Russian).
Сергеев Е.Ю. Большая игра, 1856—1907: мифы и реалии российско-британских отношений в Центральной и Восточной Азии. М.: Товарищество научных изданий КМК, 2012. 454 с.
- Terent'ev, M.A. (1875) *Russia and England in the Central Asia*. Saint Petersburg, Merkul'ev's P.P. Printing Press. (in Russian).
Терентьев М.А. Россия и Англия в Средней Азии. СПб.: Типография П.П. Меркульева, 1875. 361 с.
- Valikhanov, Ch.Ch. (1985) On the state of Altysnar or six eastern cities of the Chinese province Nan-Lu (Little Bukharia). In: *Collected works in five volumes*. Т. 3. Alma-Ata, Chief edition of the Kazakh Soviet Encyclopedia Publ. pp. 97—218. (in Russian).
Валиханов Ч.Ч. О состоянии Алтышара или шести восточных городов Китайской провинции Нан-Лу (Малой Бухарии) в 1858—1859 годах // Валиханов Ч.Ч. Собрание сочинений в пяти томах. Т. 3. Алма-Ата: Главная редакция Казахской советской энциклопедии, 1985. С. 97—218.
- Vasil'ev, D.V. (2002) The Organizer of the Turkestan Region (On the Biography of K.P. von Kaufman). *Collection of the Russian Historical Society*. 5 (153), 45—57. (in Russian).
Васильев Д.В. Устроитель Туркестанского края (к биографии К.П. фон-Кауфмана) // Сборник Русского исторического общества. Т. 5 (153). 2002. С. 45—57.
- Vasil'ev, A.D. (2019) Jetyshaar in the System of the International Relations of the second half of the 19th c. In: Vasi'ev D.V. (ed.) *Central Asia at the Crossroad of European and Asian Interests: 18th—19th centuries: Collected Scientific Works of the International Seminar. Alma-Ata, Augst 19—23, 2019*. Moscow, OntoPrint Publ. pp. 262—273. (in Russian).
Васильев А.Д. Джетишаар в системе международных отношений во второй половине XIX в. // Центральная Азия на перекрестке европейских и азиатских политических интересов: XVIII—XIX вв.: сб. научных трудов международного семинара. Алма-Ата, 19—23 августа 2019 г. / науч. ред. Д.В. Васильев. М.: ОнтоПринт, 2019. С. 262—273.
- Veselovskiy, N. (1899) Badaulet Yakub-beg, Atalyk Kashghar. *Notes of the Eastern Department of the Imperial Russian Archaeological Society*. (11), 87—105. (in Russian).
Веселовский Н. Бадаулет Якуб-Бек, аталык Кашгарский // Записки Восточного отделения Императорского Русского археологического общества. Т. XI. 1899. С. 87—105.

Об авторе:

Почекаев Роман Юлианович — доктор исторических наук, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории права и государства, Юридический факультет, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; Российская Федерация, 198099, г. Санкт-Петербург, Промышленная ул., д. 17

ORCID: 0000-0002-4192-3528

e-mail: rpochekaev@hse.ru

About the author:

Roman Yu. Pochekaev — Doctor of Historical Sciences, Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Head of the Department of Theory and History of Law and State, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics; 17, Industrial str., Saint Petersburg, 198099, Russian Federation

ORCID: 0000-0002-4192-3528

e-mail: rpochekaev@hse.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-545-561

Научная статья

Судебная практика в правовой реальности России: опыт комплексного исследования

А.В. Скоробогатов¹, А.В. Краснов²¹Казанский инновационный университет им. В.Г. Тимирязова (ИЭУП)
г. Казань, Российская Федерация²Казанский филиал Российского государственного университета правосудия,
г. Казань, Российская Федерация
av.skorobogatov@mail.ru

Аннотация. Исследуется правовая природа судебной практики в контексте правовой реальности через призму феноменологического и аксиологического анализа. Цель — формирование научно обоснованных знаний о месте и роли судебной практики в правовой реальности. Методология основана на комплексном использовании постклассической методологии: в частности, интегративный подход позволяет сочетать в содержании данной категории как деятельность судов по осуществлению правосудия, так и накопленный опыт. Результаты: Судебная практика анализируется в работе как часть социальной и юридической практики. Она демонстрирует единство познания, деятельности и результата. Судебная практика способствует формированию единых правил толкования, реализации юридических норм и формулирования на этой базе решений в однотипных фактических ситуациях, что повышает единообразие в понимании норм, определенность их содержания. Обеспечивается корреляция обыденного, профессионального и доктринального правопонимания, а также сближение социальных ожиданий и судебных актов, легитимирующее законодательство и саму судебную практику. Выводы: судебная практика охватывает деятельность судебных органов по осуществлению правосудия, взятую в разных значениях — деятельностном, организационном, логико-интеллектуальном, формально-юридическом, в сочетании с соответствующими обобщениями опыта такой деятельности. Благодаря ей обеспечивается система обратной связи между юридическими нормами и индивидуальными актами, что проявляется в фактическом формировании моделей толкования и реализации норм, а в конечном итоге ведет к совершенствованию законодательства. Судебная практика тем самым гармонизирует правовую реальность, обеспечивая сближение ценностных ориентаций адресатов и адресантов правовой коммуникации.

Ключевые слова: судебная практика, правовая реальность, постклассическая методология, интегративное правопонимание, правовая коммуникация, юридическая норма, реализация права, толкование права

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: нераздельное соавторство.

Дата поступления в редакцию: 18 января 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июня 2021 г.

© Скоробогатов А.В., Краснов А.В., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Судебная практика в правовой реальности России: опыт комплексного исследования // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 545—561. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-545-561

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-545-561

Research Article

Judicial practice in the law reality of Russia: experience of a comprehensive research

Andrey V. Skorobogatov¹  , **Alexandr V. Krasnov²** 

¹Kazan Innovation University named after V.G. Timiryasova (IEML)
Kazan, Russian Federation

²Kazan branch of the Russian State University of Justice
Kazan, Russian Federation

 av.skorobogatov@mail.ru

Abstract. The legal nature of judicial practice in the context of legal reality is investigated through prism of phenomenological and axiological analysis. The purpose of the research is to form scientifically proved knowledge of the place and judicial practice role in the legal reality. Methodology is based on complex use of postclassical methods of investigation: integrative approach allows combining within the category both activity of courts on ensuring justice and gained experience. The findings are as follows. Judicial practice is analyzed as a part of social and legal practice. It shows organic unity of knowledge, activity and result. Judicial practice promotes formation of uniform rules of interpretation, formulation of legal norms and decision making in similar situations/cases that removes ambiguity in understanding of norms and clarity of their content. Correlation of ordinary, professional and doctrinal understanding of law as well as rapprochement of social expectations and judicial consciousness, which provide legitimacy to legislation and judiciary practice, is ensured. Conclusions are as follows. Judicial practice covers activity of judicial bodies in administering justice, taking in different values — pragmatist, organizational, logic-intellectual, and formal-legal in a combination of experience generalizations. Due to this, the feedback system between legal norms and individual acts that is reflected in actual formation of models of interpretation and realization of norms, and finally leads to refining legislation is ensured. Judicial practice, thereby, harmonizes legal reality, providing rapprochement of valuable orientations of addressees and senders of law communication.

Key words: judicial practice, legal reality, postclassical methodology, integrative understanding of law, law communication, legal norm, formulation of law, legal interpretation

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Article received 18th January 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Skorobogatov, A.V., Krasnov, A.V. (2021) Judicial practice in the law reality of Russia: experience of a comprehensive research. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 545—561. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-545-561

Введение

Изучение судебной практики — одно из исследовательских направлений, традиционных как для отечественной, так для зарубежной правовой науки. Это обусловлено комплексом обстоятельств юридического и социального характера: ролью и местом судебных органов в генезисе и дальнейшем функционировании государственного аппарата и государства в целом; особыми задачами судебной практики — от защиты главным образом правящей элиты на ранних этапах функционирования государства до защиты прав и интересов всех субъектов правоотношений, разрешению юридических конфликтов в современном правовом государстве; направленностью судебной деятельности и соответственно судебной практики в первую очередь на применение права, что в континентальной европейской традиции означает особую форму реализации общей и абстрактной нормы права к индивидуальной ситуации и индивидуальным субъектам и проч. (De Somer, 2019:2—3).

Актуальность тематики исследования судебной практики предопределяется также задачами современной юриспруденции, призванной адекватно объяснить правовую реальность и место в ней человека. Судебная практика при этом выступает не только в качестве объекта исследования, но и субъектом конструирования (Berger & Luckmann, 1991:136) самой правовой реальности.

Необходимо также учитывать, что судебная практика развивается и функционирует не только в правовой, но и социальной реальности, будучи в значительной степени опосредована внешними и внутренними факторами ее генезиса и эволюции. При этом судебная практика выступает как часть юридической практики. Это обуславливает, что наиболее целесообразно рассматривать судебную практику системно, с учетом не только правовой, но и социокультурной составляющей.

Понятие правовой (юридической) практики получило разработку в отечественном правоведении с 1960-х гг., в частности, в трудах И.Ю. Дюрягина (Duryagin, 1973:160), Ю.И. Гревцова, И.Ю. Козлихина (Grevtsov & Kozlikhin, 2008:219), которые правовую практику отождествляли с юридической деятельностью; С.С. Алексеева (Alekseev, 2009:254), С.И. Вильнянского (Vilnyansky, 1958:57), трактовавших правовую практику как некоторые итоги, результаты юридической деятельности; С.Н. Братуся, А.Б. Венгерова (Bratus & Vengerov, 1975:73—74), В.Н. Карташова (Kartashov, 2010:22), осмысливавших ее как сочетание юридической деятельности с ее результатами, итогами.

В свою очередь, тематика, связанная непосредственно с судебной практикой, затрагивалась в работах С.И. Вильнянского (Vilnyansky, 1958:57, 60) (судебная практика рассматривается как совокупность всех судебных решений по конкретным делам), А.В. Мицкевича, А.С. Пиголкина, А.Ф. Шебанова (Mitskevich, 1974:135) (основные тенденции разрешения юридических дел

судами), А.К. Безиной (Bezina, 2012:70, 72), М.Н. Марченко (Marchenko, 2009:106), констатируя окончательное формирование так называемых широкого и узкого подходов к пониманию судебной практики, с приоритетом последнего. Проблематике отдельных компонентов судебной практики посвятили свои работы такие ученые, как С.В. Бошно (Boshno, 2005), П.А. Гук (Guk, 2012), В.В. Лазарев (Lazarev, 2003), И.А. Минникес (Minnikes, 2009) и др. Своеобразным итогом исследования судебной практики стала коллективная монография «Судебная практика в современной правовой системе России», в которой вопросы судебной практики, как целостного образования рассмотрены как на общетеоретическом, так и на отраслевом уровне (Khabrieva & Lazarev (eds.), 2017).

В зарубежной науке судебная практика преимущественно изучается на основе анализа и интерпретации роли судебного прецедента в развитии и функционировании правовой реальности (Wesley-Smith, 1996:65—80), хотя при этом исследовательский интерес не ограничен англо-американскими правовыми системами (Hellman, 2013:63), но и акцентирует внимание на практике судов европейских государств (MacCormick, Summers & Goodhart, 1997), а также прецедентном характере решений международных судов (Thirlway, 2019:131—132).

Исследование судебной практики осуществляется нами на основе интегративной методологии (Ershov, 2020:108—110, Krawietz, 2008:203), позволяющей изучить правовую природу судебной практики и комплексно проанализировать особенности ее воздействия на регулирование общественных отношений на основе диалектического синтеза различных методологических подходов к анализу содержания этого социального явления.

Судебная практика как вид юридической практики

Анализ понятия и содержания судебной практики и социокультурного контекста развития и функционирования правосудия обуславливает рассмотрение этого явления не как самостоятельной системы, а как одного из элементов юридической, а через нее социальной практики как сложноорганизованной социальной системы (Kartashov, 2010:19). По меткому замечанию И.Л. Честнова, «юридическая практика... — деятельность человека, в которой пересекаются (практически никогда не совпадают) интересы личностные и социальные, проявляющиеся во взаимных ожиданиях, в соотношении себя с социально значимым Другим» (Chestnov, 2012:166).

Наряду с системой права и правосознанием юридическая практика является одним из важнейших элементов правовой системы общества. Благодаря юридической практике становится возможным обеспечение гармонизации правовой реальности в целом.

Исходя из этого анализ и интерпретация судебной практики должны осуществляться в общем социальном контексте юридической (правовой) практики. При этом необходимо решить вопрос о сущности и содержании этой категории, определяемой ее названием, поскольку номинация диктует смысл понятия и обозначаемого им явления в сознании наблюдателя.

В философской науке категория практики вызывает интерес с периода Древнего Мира. Философская категория практики используется в нескольких

контекстах — и как противопоставление интеллектуально-инструментального разума умозрению, и как практический разум, сочетающий в себе волю и силу, и как некоторое отношение человека к окружающему миру в плане возможности его преобразования. Причем последняя модель в определенной степени была известна уже древнегреческой философской мысли, где в частности Аристотель рассматривал практику в телеологическом смысле (Gritsanov, 2002:709).

Христианство, в свою очередь, меняет отношение к человеческому труду и, соответственно, практике как к пути религиозного воспитания и достижения аскезы, что находится в русле креационизма, предполагающего сопричастность человека к исполнению творческой воли Божией (Vatin, Davidovich & Drach, 1997:167). Отметим, что в рамках протестантского учения практическая деятельность человека на любом профессиональном поприще начинает рассматриваться как богоугодное дело.

Период Нового времени и несколько ему предшествующий достаточно часто рассматриваются как эпоха зарождения науки в более или менее современном смысле слова. Именно на этом отрезке собственно и формируется классическая рациональность, в рамках которой, как известно, свойства субъекта, его предпочтения не учитываются при интерпретации результатов исследования того или иного объекта. Соответственно, практика все более рассматривается в технико-инструментальном смысле, как некое средство господства человека над природой; практика дает возможность истолкования природы происходящего вокруг (Васон, 1978:68). Выводы умственных рассуждений, по мнению Р. Декарта, наблюдаются на практике, которая подтверждает доводы разума (Descartes, 1994:482).

В немецкой классической философии категория практики также нашла определенное развитие. В частности, для И. Канта практика выступает как деятельность практического разума, сосредоточением которого является воля (Kant, 1965:326). Гегель, в свою очередь, рассматривает практику в контексте метаморфозы абсолютного духа, который идет по пути самопознания и самополагания, интерпретируя ее как одну из ступеней смыслополагания духа (Hegel, 1972:287). В то же время практика выводится им из этико-политической тематики в сферу реальной жизни, права, экономики.

Философия марксизма, в свою очередь, вводит практику в теорию познания, делая ее основным критерием истинности научного знания. Более того, практика — это эмпирический источник, основа научного знания. Что касается определения практики в философии марксизма, то оно формулируется через активную, чувственно-предметную материальную деятельность людей, направленную на преобразование окружающей действительности (Kokhanovsky, 1996:61).

Необходимо особо подчеркнуть, что диалектико-материалистический подход изначально предполагает отношение к практике в целом и судебной практике в частности как к явлениям сугубо объективного характера, не учитывая субъективистские предпочтения акторов практики, влияние сознания соответствующих лиц, осуществляющих юридически значимые действия, на формирование содержания судебной практики. Кроме того, на основании философских и социологических методов исследования во второй половине XX — начале XXI вв. можно говорить о том, что право — это социокультурное

явление, детерминированное отнюдь не только социально-экономическими, как утверждает марксизм, но и иными факторами социогуманитарного характера — культурными, религиозными, политическими и др.

В целом мы исходим из понятийно-категориального ряда, где во главе находится общенаучная категория практики, далее по степени обобщения можно выделить общественную (социальную в широком смысле) практику, затем правовую практику как разновидность общественной практики, правоприменительную практику как вид правовой, и наконец судебную практику как разновидность правовой практики.

Общественная практика как понятие обществоведения в целом и социологии в частности охватывает разнообразные стороны деятельности человека, связанные с удовлетворением интересов индивидов, социальных групп, общества в целом, а также с формированием и реализацией многочисленных социальных норм. В качестве разновидностей общественной практики можно обозначить политическую, культурную, экономическую, правовую и иные виды. Отметим, что в социологии социальная практика может рассматриваться и как инструмент, раскрывающий особенности широкого спектра социальных явлений и событий общественной жизни как разновидностей социальных практик (Schütz, 1932:128—131).

Как мы отметили выше, существует несколько вариантов понимания правовой практики. С нашей точки зрения, целесообразно солидаризироваться с комбинированной (синтетической, интегративной) точкой зрения, согласно которой правовая практика предстает как единство юридически значимой деятельности и накопленного, систематизированного по ее итогам опыта.

Юридическая практика выступает в качестве точки пересечения правотворчества, правореализации и правового поведения (как уровней правовой реальности (Skorobogatov & Krasnov, 2017b:58) на основе интерпретации норм права в форме, максимально близкой субъектам в контексте их ценностных ориентаций. Тем самым она отражает не только степень эффективности законодательства, но и его легитимность (Tonkov & Chestnov, 2019:296—306).

Характер юридической практики отражает уровень правовой культуры общества. С одной стороны, осуществление юридической практики показывает степень схожести интерпретации содержания и реализации норм права на различных уровнях правовой реальности (Leushin, 1987:104). С другой стороны, юридическая практика, особенно при ее открытости, способна сама влиять на ценностные ориентиры субъектов практики и формирование правовой культуры общества в целом (Zhinkin & Golovchenko, 2016:9).

Юридическая практика, как один из видов социальной практики (Kartashov, 2010:19), обусловлена другими видами этой практики и представляет собой специфичную форму правового взаимодействия (Panchenko, 2016:30), в ходе которой субъекты (как равные по статусу, так и имеющие иерархический характер в коммуникации) обмениваются не только правовой информацией, но и результатами правовой деятельности. Именно благодаря юридической практике накопленный социальный правовой опыт приобретает юридически значимую роль, влияя на интерпретацию поведения индивида на различных уровнях правовой реальности (Skorobogatov & Krasnov, 2017a:31—34).

Целью юридической практики является трансформация правовой реальности, детерминированная ценностными ориентациями субъектов практики. Однако при этом степень воздействия конкретного субъекта на правовую реальность зависит от его роли в правовой коммуникации (Vinokur, 2007:86). При горизонтальном характере коммуникации субъекты одновременно являются адресатом и адресантом и обладают равными правами и обязанностями и лишь обмениваются правовой информацией, включая ее ценностный компонент, определяющий их правовое поведение в дальнейшем. В случае иерархически построенной вертикальной коммуникации адресант способен навязывать адресату собственную систему правовых ценностей, независимо от того, происходит ли внутригрупповое правовое взаимодействие или межгрупповое (Habermas, 2003:48). Тем самым опосредуется характер деятельности субъекта в юридической практике, который прямо пропорционален ценностным ориентациям: чем больше уровень позитивного восприятия официальной системы права (выраженной в законодательстве), тем более бесконфликтен индивид при правовом взаимодействии не только с равными субъектами, но и представителями государства.

Судебная практика в советский период трактовалась в так называемых, обозначенных выше, широком и узком смыслах, причем последний вариант интерпретации ее содержания стал гораздо более распространенным. Как пишет профессор А.К. Безина, судебная практика в широком смысле рассматривалась как вся деятельность судебных органов разных звеньев по осуществлению правосудия, тогда как узкий смысл данного понятия предполагал отнесение к судебной практике только специфических тенденций применения тех или иных норм права (Bezina, 1971:11—12).

Даже в широкой трактовке правовой практики как деятельности по изданию юридических предписаний в единстве с накопленным опытом (Kartashov, 2010) заметно ограничение объема понятия правовой практики: ведь далеко не все виды правовой деятельности завершаются разработкой юридических предписаний. Однако исключать эти виды действий из содержания правовой практики, по нашему мнению, однозначных оснований нет, поскольку они предпринимаются в юридической сфере и могут привести к правовым последствиям.

Основной специфической чертой судебной практики в узком смысле считалось принятие не любых судебных актов, а только особых правоположений, в которых отражается смысл и содержание применяемых норм права, происходит их конкретизация и детализация (Bratus, Vengerov, 1975:9—10, 16—17). Также было высказано мнение о том, что такие правоположения должны вносить определенную новизну в правовое регулирование общественных отношений (Bezina, 2012:70, 72).

Содержание судебной практики

Необходимо учитывать, что влияние на развитие правовой реальности могут оказывать не только принятые судом документы, но и непосредственно действия лиц, вовлеченных в процесс судопроизводства, которые в этом случае также становятся элементом судебной практики. Однако при этом следует разграничивать понимание судебной практики в формально-юридическом смысле как системы юридических документов, издаваемых в процессе судебной деятельности,

и в процессуально-деятельностном смысле, как самих логико-интеллектуальных волевых действий по созданию актов и принятию судебных решений.

Исходя из того, что понятие судебной практики находится в едином понятийно-категориальном ряду с общенаучной категорией практики, понятием общественной, а также правовой практики, представляется недостаточно логичной сложившаяся традиция выделять некое собственное понятие судебной практики, охватывающей не все аспекты этого явления, а лишь наиболее важные, с точки зрения ученых, для дальнейшего развития правовой и судебной системы. Если общенаучная категория общественной практики охватывает разносторонние явления, то почему судебная практика не может включать в себя, к примеру, принятие исковых заявлений, вынесение определений о привлечении к делу в качестве свидетеля и многие другие юридически значимые действия суда? Конечно, такого рода действия не направлены на разрешение юридического дела по существу, однако, тем не менее, они связаны с применением соответствующих норм права. Кроме того, можно говорить о целой массе действий суда и участников судебного процесса, которые имеют определенную степень юридической значимости. В целом вообще можно говорить о разных элементах деятельности, охватываемой судебной практикой — логико-интеллектуальных, организационных, формально-документальных, чисто деятельностных. Все они, так или иначе, имеют прямое отношение к деятельности суда по рассмотрению и разрешению юридических дел. Указанные нами элементы судебной практики нельзя рассматривать исключительно как ее формы. Форма, исходя из диалектико-материалистической парадигмы, представляет собой способ организации содержания, тогда как деятельностные и логико-интеллектуальные элементы практики не организуют содержание, а являются проявлениями его сущностных сторон. Дальнейшее исследование судебной практики только в узком смысле, в плане выработки лишь правоположений специфического характера, закрывает простор для исследования множества других сторон судебной практики — таких, как правовая коммуникация, вопросы организации судебных слушаний, логико-интеллектуальная деятельность судейского корпуса и др.

Кроме того, следует согласиться с утверждением А.К. Безиной об отсутствии в понятии судебной практикой в узком смысле отражения основной цели судебной практики, а именно осуществления судебными органами правосудия путем разрешения соответствующих дел (Bezina, 2012:73). Не говоря уже о том, что отнесение тех или иных формулировок, выводов суда к правоположениям, как показывает анализ достижений отечественного правоведения, выглядит достаточно субъективно и единство во мнениях по этому вопросу выглядит недостижимым: ведь правоположения могут охватывать как выводы и предписания суда по конкретному делу, так и правоинтерпретационные суждения, которые, как известно, в рамках судебных актов высших судебных инстанций обретают общее значение, будучи сформулированными не по конкретному делу. Что касается выводов Конституционного Суда РФ по делам о соответствии нормативных правовых актов Конституции РФ, то они также обретают общее значение в соответствии с содержанием норм ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»¹.

¹ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994. № 1-ФКЗ (ред. от 09.11.2020) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 25.07.1994. № 13. Ст. 1447.

Неясным нам представляется и решение вопроса о том, насколько такие положения можно именовать правовыми. В плане принадлежности к решению правовых вопросов это допустимо. Однако, как известно, в некоторых концепциях правопонимания выводы судов как индивидуального, так и общего характера могут быть отнесены к неправу (Ershov, 2018:86—87).

Правоположения, с нашей точки зрения, находятся в одном смысловом ряду с целым рядом понятий. В первую очередь, по смыслу им близка так называемая правовая позиция, которая упоминалась и упоминается в ряде статей ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» (ст. 29, 73, 79), редакции которых со временем претерпевали изменения. Мнения, высказанные в научной литературе по поводу содержания понятия правовой позиции, настолько разнообразны, что их исследование в рамках данной работы не представляется возможным. Отметим лишь наиболее характерные варианты ее понимания: итоговые выводы и приводимая судом аргументация (Luchin & Doronina, 1998:40); общие и обязательные нормативно-интерпретационные установления (Lazarev, 2003:74); отношение суда к правовым проблемам, результат аргументов и выводов, образующих интеллектуально-юридическое содержание судебного решения (Anishina, 2000:11); система правовых аргументов, образец (правило) прецедентного характера, общие правовые ориентиры (Gadzhiev & Pepelyaev, 1998:56).

Этот правовой феномен по сути обозначает близкие или совпадающие между собой правовые явления, суть которых состоит в сформулированных судом суждениях по поводу толкования и (или) применения норм права, достаточным образом аргументированных и либо направленных на разрешение конкретного юридического дела (с попутным казуальным толкованием действующих правовых норм или без того), либо указывающих наиболее эффективный путь применения норм права по неограниченной категории дел (в случае с постановлениями и определениями КС РФ по поводу соответствия или несоответствия нормативных правовых актов Конституции РФ, постановлениями Пленума Верховного Суда РФ и бывшего Высшего Арбитражного Суда РФ, обзорами Президиумов судов).

Судебная практика как средство трансформации правовой реальности

В советский период развития отечественной юридической науки главенствующую роль в методологии занимал, бесспорно, формально-догматический анализ в русле позитивистского правопонимания, в определенном сочетании с материалистической диалектикой. На данном этапе развития социальных и гуманитарных наук можно говорить о все большем проникновении в российскую юриспруденцию постклассических методов исследования, которые позволяют принципиально по-другому взглянуть на известные явления, в том числе судебную практику. В частности, это феноменологическая и аксиологическая методология.

Как правовой феномен судебная практика характеризуется органическим триединством познания, деятельности и результата. Взаимодополняемость и взаимообусловленность этих аспектов придает ей одновременно завершенность и дихотомизм. С одной стороны, судебная практика выступает в процессуальной роли и включает в себя деятельность судебных органов, связанную

с рассмотрением и разрешением различных юридических дел. С другой стороны, материально она выступает выраженной в разнообразных формах вербализацией накопленного правового опыта указанной деятельности. При этом судебная практика может выступать в качестве формы права, а не источника права (Watson, 1984:90).

С нашей точки зрения, можно обозначить основные направления воздействия судебной практики на правовую реальность:

1. Судебная практика влияет на формирование единых правил толкования, реализации юридических норм и формулирования на этой базе соответствующих решений в однотипных фактических ситуациях, т. е. обеспечивает единообразный подход к обеспечению правосудия и законности (Nersesyants, 1997:36), с целью восстановления бесконфликтного социального сосуществования и гармонизации правовой реальности.

2. В процессе судебной практики индивидуализируются, а также фактически конкретизируются юридические нормы применительно к конкретным жизненным обстоятельствам (Vlasenko & Zaloilo, 2016:55). Тем самым происходит сближение правотворческого уровня правовой реальности с правовым поведением.

3. Судебная практика на основе единого доктринального подхода к интерпретации юридических норм формирует единообразное понимание правовых предписаний всеми субъектами права, которое должно обеспечивать повышение определенности содержания норм права и корреляцию обыденного, профессионального и доктринального правопонимания (Averin, 2008:36). В конечном итоге это обеспечивает единство судебных решений с социальными ожиданиями, т. е. гарантирует эффективность и легитимность законодательства и юридической практики.

4. Судебная практика способствует преодолению (по факту — восполнению) пробелов и устранению коллизий в правовом регулировании (Guk, 2017:134). Благодаря обобщениям Пленумом Верховного Суда РФ правоположений (позиций), выработанных судами, решения по отдельным вопросам, связанным с разрешением коллизий и преодолением пробелов, приобретают общий характер. Таким образом, происходит действие обратной связи между нормативным и индивидуальным регулированием, определенный круговорот судебной практики: от выработки правоположений на основе норм права в процессе судебной практики через их обобщение Верховным Судом РФ к совершенствованию законодательства посредством использования права законодательной инициативы и применению обобщенных результатов в новой судебной практике.

5. Судебная практика в определенном сегменте фактически формирует новые модели поведения субъектов права (Golovaty, 2016:28) при условии, что законодательство не содержит соответствующего указания и оставляет пространство для маневра (Vorulenkov, 2014:126). Однако данные модели будут иметь юридическое значение только в ситуации неоднократного применения при разрешении схожих спорных ситуаций (Zander, 2007:75). Это касается применения судами низших инстанций положений, сформулированных в Постановлениях Конституционного Суда РФ, Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, обзорах Президиума данного суда.

Применяя нормы официального (позитивного) права, судебная практика обеспечивает требуемое государством единообразное поведение субъектов права, одновременно обеспечивая правопорядок и безопасность граждан, включая удовлетворение их социальных и индивидуальных интересов (Griffiths, 2016:159). Благодаря этому судебную практику следует интерпретировать в трех взаимосвязанных контекстах: государственном, социальном и психологическом. Хотя в современной правовой реальности России господствует государственный контекст, закрепленные в Конституции РФ² и национальной правовой традиции, ценности обеспечивают учет и двух других контекстов, что характерно для транзитивных обществ (Solomon & Foglesong, 2018:20). Это выражается, с одной стороны, в защите прав и законных интересов субъектов права, а с другой — в создании и поддержании образа правопорядка, максимально соответствующего социальным и групповым интересам российских граждан (Kasumov, 2008:41). Судебная практика, выступая формой осуществления правосудия (Thomas, 2005:267) в интересах государства, одновременно позволяет человеку реализовать его право на судебную защиту и обеспечить свою безопасность.

В то же время традиционная этатистски-патерналистская правовая культура российского общества обуславливает крайне специфическое восприятие судебной практики в обществе. Поскольку осуществление правосудия является исключительно государственной функцией, судебная практика и лица, ее осуществляющие, воспринимаются в качестве проводников государственной воли как адресатами правовой коммуникации, так и ее адресантами. С этим связано повышенное внимание к соблюдению не только юридических, но и этических правил, а также визуальное формирование образа справедливого правосудия, которое от имени и по поручению государства стоит на защите конституционных ценностей. Как следствие, правовая культура лиц, осуществляющих судебную практику, предполагает не только соблюдение принципов и норм правовой этики, но и выполнение определенного ритуала, связанного с особым устройством помещения (Walenta, 2019:7), наличием определенной символики (Vlasova, 2007:72) и определенным порядком действий (Starodumov, 2017:126). Социальное восприятие судебной практики зачастую связано не столько с ее реальными результатами, сколько с символическим образом (Coskun, 2007:188). При этом корреляция реальных и ожидаемых результатов судебной практики определяет ее легитимность (Mack & Anleu, 2010:169—170).

В антропологическом контексте целью судебной практики является синтез правового регулирования общественных отношений с интересами человека. Судебная практика должна активно влиять на правосознание и правовую культуру лиц, участвующих в судебном процессе. Речь при этом идет не только о непосредственных участниках судебного действия (судьях, сторонах, присяжных), но и тех, кто выступает в данном случае в качестве зрителей, наблюдателей, т. е. не принимает непосредственного участия в судебной коммуникации. Их восприятие судебной практики носит образный, несистемный характер и

² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации. Режим доступа: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.07.2020).

зависит от степени соответствия происходящего действия и принятого решения их ожиданиям, т. е. в широком смысле речь идет о корреляции основанного на юридических нормах правоприменения и отраженной в правовой ментальности традиции. Эта зависимость носит прямо пропорциональный характер и определяет не только легитимность правосудия и системы законодательства, но и эффективность правового регулирования в целом (Polyakov, Denisenko & Belyaev, 2017:69—91).

Телеологически цель судебной практики не ограничивается лишь поддержанием правопорядка. Речь идет о целенаправленном конструировании новой правовой реальности. Однако целеполагание носит не прямой, а фрактальный характер. Отдельные акты судов первой инстанции призваны трансформировать уровень правореализации и правового поведения с целью приведения их в соответствие с уровнем правотворчества. В тоже время акты высших судов, выступая не только в интерпретативной, но и квазиправообразовательной роли, способны оказывать воздействие и на уровень правотворчества и даже правопонимание. Анализ содержания этих актов и позволяет сформулировать фрактальная цель судебной практики в правовой реальности конкретного хронотопа. Применительно к современной России фрактальную цель судебной практики состоит в конструировании единообразного отношения к правовой и государственной политике на всех уровнях правовой реальности.

Выводы

Судебная практика, по нашему мнению, представляет собой деятельность судебных органов по осуществлению правосудия, совершаемая на основании законодательно закрепленной компетенции и полномочий, взятая в различных срезах — деятельностном, организационном, логико-интеллектуальном, формально-юридическом, в сочетании с соответствующими обобщениями опыта такой деятельности. В фокусе внимания ученых, обратим на это внимание, зачастую оказываются не все проявления судебной практики, а наиболее важные для развития самой судебной практики и правовой системы страны в целом выводы и мнения (правоположения, позиции) судов об истинном понимании норм права, а также наиболее эффективных путей их применения с учетом сложившейся на данном историческом этапе ситуации в обществе (в функциональном смысле).

Несмотря на высокую степень значимости правоположений (позиций судов), тем не менее, ограничивать всю судебную практику только ими, как мы указали выше, нецелесообразно с разных точек зрения. Правоположения (позиции судов) являются лишь квинтэссенцией, наиболее содержательной и важной выжимкой из всего спектра деятельности по отправлению правосудия.

Благодаря судебной практике и вырабатываемым ею обобщениям работает система обратной связи между нормативным и индивидуальным регулированием отношений: принятие решений судами и последующее обобщение такой практики приводит к формулированию позиций судов по наиболее оптимальному толкованию и реализации норм, что в конечном счете способствует совершенствованию законодательства благодаря использованию права законодательной инициативы высшими судами РФ.

Как форма осуществления правосудия судебная практика имеет целью обеспечение правопорядка, режима законности и безопасности субъектов права, восстановление бесконфликтного социального сосуществования, а в конечном счете, единообразное отношение к правовой и государственной политике, осуществляемой судом на всех уровнях правовой реальности. Именно судебная практика в наибольшей степени способна гармонизировать правовую реальность, обеспечить единство ценностных ориентаций субъектов правовой коммуникации независимо от их правового статуса и выполняемой ими социальной роли.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (2009) *General theory of law: textbook*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. М.: Проспект, 2009. 576 с.
- Anishina, V. (2000) Legal positions of the Constitutional Court of Russia. *Russian justice*. (7), 11—12. (in Russian).
Анишина В. Правовые позиции Конституционного Суда России // Российская юстиция. 2000. № 7. С.11—12.
- Averin, A.V. (2008) Legal understanding and legal practice. *Leningrad legal journal*. 4 (14), 19—36. (in Russian).
Аверин А.В. Правопонимание и юридическая практика // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 4(14). С. 19—36.
- Bacon, F. (1978) *New Organon*. Works in two Vols. 2nd ed., Rev. and add. Vol. 2. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Бэкон Ф. Новый Органон // Сочинения в двух томах. 2-е изд., испр. и доп. Т. 2. М.: Мысль, 1978. 575 с.
- Berger, P.L. & Luckmann, T. (1991) *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. N.Y., Penguin Books.
- Bezina, A.K. (1971) *Judicial practice and the development of Soviet labor legislation*. Kazan, KSU Publishing House. (in Russian).
Безина А.К. Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. Казань: Изд-во КГУ, 1971. 131 с.
- Bezina, A.K. (1989) *Judicial practice in the mechanism of legal regulation of labor relations*. Selected works in 5 Vols. Vol. 2. Kazan, KSU Publishing House. (in Russian).
Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений. Избранное в 5-ти т. Т. 2. Казань: Изд-во КГУ, 1989. 183 с.
- Borulenkov, Yu.P. (2014) Legal knowledge and discretion of the law enforcement officer. *Criminalist Library. Science Magazine*. 5 (16), 123—128. (in Russian).
Боруленков Ю.П. Юридическое познание и усмотрение правоприменителя // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 5 (16). С. 123—128.
- Boshno, S.V. (2005) *Form of law: theoretical and legal research*. Diss ... doctor Legal of sciences. Moscow. (in Russian).
Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. 440 с.
- Bratus, S.N. & Vengerov, A.B. (eds.) (1975) *Judicial practice in the Soviet legal system*. Moscow, Legal literature Publ. (in Russian).
 Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров. М.: Юридическая литература, 1975. 328 с.
- Chestnov, I.L. (2012) Legal practice from the standpoint of postclassical methodology. *Social sciences and modernity*. (5), 164—168. (in Russian).
Честнов И.Л. Юридическая практика с позиций постклассической методологии // Общественные науки и современность. 2012. № 5. С. 164—168.

- Coskun, D. (2007) *Law as symbolic Form: Ernst Cassirer and the Anthropocentric View of Law*. Dordrecht, Springer.
- De Somer, M. (2019) *Precedents and Judicial Politics in EU Immigration Law*. Palgrave Macmillan, Cham.
- Descartes, R. (1994) Conversation with Burman. In: *Works in two vols*. Vol. 2. Moscow, Mysl' Publ. pp. 447—488. (in Russian).
Декарт Р. Беседа с Бурманом // Сочинения в двух томах. Т. 2. М.: Мысль, 1994. С. 447—488.
- Duryagin, I.Ya. (1973) *Application of the norms of Soviet law*. Sverdlovsk, Middle-Ural book Publ. (in Russian).
Дюрягин И.Я. Применение норм советского права. Свердловск: Сред.-Уральск. кн. изд-во, 1973. 248 с.
- Gadzhev, G.A. & Pepelyaev, S.G. (1998) *Entrepreneur — taxpayer — state: Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation*. Moscow, FBK-PRESS Publ. (in Russian).
Гаджиев Г.А., Пенелаяев С.Г. Предприниматель — налогоплательщик — государство: Правовые позиции Конституционного Суда РФ. М.: ФБК-ПРЕСС, 1998. 592 с.
- Golovaty, V.Ya. (2016) Judicial practice: general theoretical characteristics. *Legea si viata*. May, 25—29. (in Russian).
Головатый В.Я. Судебная практика: общетеоретическая характеристика // *Legea si viata*. 2016. Mai. С. 25—29.
- Grevtsov, Yu.I. & Kozlikhin, I.Yu. (2008) *Encyclopedia of Law: a tutorial*. Saint Petersburg, Publishing House of Saint Petersburg State University, Publishing House of the Law Faculty of Saint Petersburg University. (in Russian).
Гревцов Ю.И., Козлихин И.Ю. Энциклопедия права: учебное пособие. СПб.: ИД Санкт-Петербургского государственного университета; Издательство юридического факультета Санкт-Петербургского университета, 2008. 772 с.
- Griffiths, J. (2016) The general theory of litigation: a first step. *Zeitschrift für Rechtssoziologie. The German Journal of Law and Society*. 4 (2), 145—201.
- Gritsanov, A.A. (2002) Nicomachean Ethics. In: *History of Philosophy: Encyclopedia*. Minsk, Interpressservice Publ. (in Russian).
Грицанов А.А. Никомахова этика // История философии: энциклопедия. Минск: Интерпрессервис, 2002. 1376 с.
- Guk, P.A. (2012) *Judicial practice as a form of judicial rule-making in the legal system of Russia: general theoretical analysis*. Abstract Diss ... doctor Legal of sciences. Moscow. (in Russian).
Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. 49 с.
- Guk, P.A. (2017) Overcoming conflicts of legislative acts by judicial authorities: theory, technique, practice. *Legal technique*. (11), 132—134. (in Russian).
Гук П.А. Преодоление коллизий законодательных актов судебными органами: теория, техника, практика // Юридическая техника. 2017. № 11. С. 132—134.
- Habermas, Jü. (2003) *The Theory of Communicative Action: Lifeworld and system: a critique of functionalist reason*. Boston, Beacon Press.
- Hegel, G.V. F. (1972) *Science of logic*. Vol. 3. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Гегель Г.В.Ф. Наука логики. Т. 3. М.: Мысль, 1972. 371 с.
- Hellman, D. (2013) An Epistemic Defense of Precedent. In: Peters, Ch.J. (eds.). *Precedent in the United States Supreme Court*. Dordrecht, Springer. pp. 63—76.
- Ershov, V.V. (2018) *Legal and individual regulation of public relations*. Moscow, RGUP Publ. (in Russian).
Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: монография. М.: РГУП, 2018. 628 с.
- Ershov, V.V. (2020) Law in the Context of the Metamodern Paradigm. *Justice*. 2 (1), 99—114.

- Kant, I. (1965) Critique of Practical Reason. In: *Works in six vols*. Vol. 4. Part 1. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
Кант И. Критика практического разума // Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1. М.: Мысль, 1965. 544 с.
- Kartashov, V.N. (2010) Legal practice as an object (subject) of legal science. *Journal of Nizhny Novgorod academy of the Ministry of internal affairs of Russia*. 1 (12), 13—23. (in Russian).
Карташов В.Н. Юридическая практика как как объект (предмет) правовой науки // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С. 13—23.
- Kasumov, T.K. (2008) Sociology of Justice: Issues of Methodology and Foresight. *SOTIS — Social Research Technologies*. (5), 26—42. (in Russian).
Касумов Т.К. Социология правосудия: вопросы методологии и предвидения // СОТИС — Социальные технологии исследования. 2008. № 5. С. 26—42.
- Khabrieva, T.Ya. & Lazarev, V.V. (eds.) (2017) *Judicial practice in the modern legal system of Russia*. Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation Publ., Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
 Судебная практика в современной правовой системе России: монография / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: Норма: ИНФРА М, 2017. 432 с.
- Kokhanovsky, V.P. (ed.) (1996) *Modern philosophy: dictionary and reader*. Rostov-na-Don, Phoenix Publ. (in Russian).
 Современная философия: словарь и хрестоматия / отв. ред. В.П. Кохановский. Ростов-н/Д.: Феникс, 1996. 512 с.
- Krawietz, W. (2008) Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive. In: Brugger W., Neumann U., Kirste S. (eds.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt-am-Main, Suhrkamp. pp. 181—206. (in Germany).
- Lazarev, V.V. (2003) *Legal positions of the Constitutional Court of Russia*. Moscow, Gorodets, Formula Prava Publ. (in Russian).
Лазарев В.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Городец, Формула права, 2003. 528 с.
- Leushin, V.I. (1987) *Legal practice in the system of socialist social relations*. Krasnoyarsk, Publishing House University of Krasnoyarsk. (in Russian).
Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений / науч. ред.: Алексеев С.С. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1987. 152 с.
- Luchin, V.O. & Doronina, O.N. (1998) *Citizens' complaints to the Constitutional Court of the Russian Federation*. Moscow, Law and Law UNITI Publ. (in Russian).
Лучин В.О., Доронина О.Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М.: Закон и право ЮНИТИ, 1998. 260 с.
- MacCormick, D.N., Summers R.S. & Goodhart, A.L. (eds.) (1997) *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. N.Y., Routledge.
- Mack, K. & Anleu, S.R. (2010) Performing Impartiality: Judicial Demeanor and Legitimacy. *Law & Social Inquiry*. 35 (1), 137—173.
- Marchenko, M.N. (2009) *Judicial lawmaking and judicial law*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2009. 510 с.
- Minnikes, I.A. (2009) *Individual legal regulation (theoretical and legal analysis)*. Abstract Diss ... doctor Legal of sciences. Ekaterinburg. (in Russian).
Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ): автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2009. 54 с.
- Mitskevich, A.V. (ed.) (1974) *Lawmaking in the USSR*. Moscow, Legal Literature Publ. (in Russian).
 Правотворчество в СССР / под ред. А.В. Мицкевича. М.: Юридическая литература, 1974. 319 с.

- Nersesyants, V.S. (1997) The court does not legislate and does not manage, but applies the law (on the law enforcement nature of judicial acts). In: Topornin B.N. (ed.). *Judicial practice as a source of law*. Moscow, IGP RAS Publ. pp. 34—42. (in Russian).
Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: ИГП РАН, 1997. С. 34—42.
- Panchenko, V.Yu. (2016) *Legal interaction as a type of social interaction*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Панченко В.Ю. Правовое взаимодействие как вид социального взаимодействия: монография. М.: Проспект, 2016. 232 с.
- Polyakov, A.V., Denisenko, V.V. & Belyaev, M.A. (eds.) (2017) *The effectiveness of legal regulation*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М.: Проспект, 2017. 240 с.
- Schütz, A. (1932) *Der Sinnhafte Aufbau der Sozialen Welt: Eine Einleitung in die Verstehende Soziologie*. Springer-Verlag, Wien. (in Germany)
- Skorobogatov, A.V. & Krasnov, A.V. (2017a) Legal behavior as a phenomenon of legal reality. *Legal culture*. 1 (28), 25—35. (in Russian).
Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Правовое поведение как феномен правовой реальности // Правовая культура. 2017. № 1 (28). С. 25—35.
- Skorobogatov, A.V. & Krasnov, A.V. (2017b) Legal reality of Russia: concept and structure. *History of state and law*. (7), 54—58. (in Russian).
Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Правовая реальность России: понятие и структура // История государства и права. 2017. № 7. С. 54—58.
- Solomon, P.H., Jr. & Foglesong, T.S. (2018) *Courts and Transition in Russia: The Challenge of Judicial Reform*. N.Y., Routledge.
- Starodumov, S.V. (2017) Judicial actions as an independent type of procedural actions. *Bulletin of Udmurt University. Series Economics and Law*. 27 (6), 123—127. (in Russian).
Стародумов С.В. Судебные действия как самостоятельный вид процессуальных действий // Вестник Удмуртского университета. Сер. Экономика и права. 2017. Т. 27. Вып. 6. С. 123—127.
- Thirlway, H. (2019) *The Sources of International Law*. 2th ed. Oxford, Oxford University Press.
- Thomas, E.W. (2005) *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. N.Y., Cambridge University Press.
- Tonkov, E.N. & Chestnov, I.L. (eds.) (2019) *Legitimacy of law*. Saint Petersburg, Aleteya Publ. (in Russian).
Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. 497 с.
- Vatin, I.V., Davidovich, V.E. & Drach, G.V. (1997) *Philosophy: textbook for universities*. Rostov-na-Don, Phoenix Publ. (in Russian).
Философия: учебник для вузов / Ватин И.В., Давидович В.Е., Драч Г.В. и др. Ростов-н/Д.: Феникс, 1997. 574 с.
- Vilnyansky, S.I. (1958) *Lectures on Soviet civil law*. Vol. 1. Kharkov, Publishing House University of Kharkov. (in Russian).
Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. Харьков: Изд-во Харьк. ун-та, 1958. 339 с.
- Vinokur, T.G. (2007) *Speaker and Listener. Variants of behavior*. Moscow, URSS Publ. (in Russian).
Винокур Т.Г. Говорящий и слушающий. Варианты поведения. М.: URSS, 2007. 172 с.
- Vlasenko, N.A. & Zaloilo, M.V. (2016) Concretization and Interpretation of Law as the Creative Content of Judicial Practice. *Journal of Russian Law*. 08 (236), 43—57. Doi: 10.12737/20902. (in Russian).

- Власенко Н.А., Залоило М.В.* Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 08 (236). С. 43—57. Doi: 10.12737/20902
- Vlasova, G.B. (2007) Symbols and rituals as cultural characteristics of the trial. *Philosophy of law*. 2 (21), 69—73. (in Russian).
- Власова Г.Б.* Символы и ритуалы как культурные характеристики судебного процесса // Философия права. 2007. № 2 (21). С. 69—73.
- Walenta, J. (2019) Courtroom Ethnography: researching the intersection of law, space, and everyday practices. *The Professional Geographer*. 72 (1), 1—8.
- Watson, A. (1984) *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Wesley-Smith, P. (1996) *The Sources of Hong Kong Law*. Hong Kong, Hong Kong University Press.
- Zander, M. (2007) *Cases and Materials on the English Legal System*. (10th ed.). N.Y., Cambridge University Press.
- Zhinkin, S.A. & Golovchenko, G.A. (2016) Value aspects of the strategy of forming the legal culture of the individual. *Bulletin of the Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 1 (31), 8—10. (in Russian).
- Жинкин С.А., Головченко Г.А.* Ценностные аспекты стратегии формирования правовой культуры личности // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2016. № 1 (31). С. 8—10.

Об авторах:

Скоробогатов Андрей Валерьевич — доктор исторических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин, Казанский инновационный университет им. В.Г. Тимирязова (ИЭУП); Российская Федерация, 420111, г. Казань, ул. Московская, д. 42

ORCID ID: 0000-0001-9139-5367; Web of Science Researcher ID: J-4391-2016

e-mail: av.skorobogatov@mail.ru

Краснов Александр Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства, Казанский филиал Российского государственного университета правосудия; Российская Федерация, 420088, г. Казань, ул. 2-я Азинская, д. 7а

ORCID ID: 0000-0002-9934-4975

e-mail: field08@mail.ru

About the authors:

Andrey V. Skorobogatov — Doctor of Historical Sciences, Associate Professor, Full Professor of the Department of Theory of State and Law and Public Legal Disciplines, Kazan Innovation University named after V.G. Timiryasova (IEML); 42 Moscow str., Kazan, 420111, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-9139-5367, Web of Science Researcher ID: J-4391-2016

e-mail: av.skorobogatov@mail.ru

Alexandr V. Krasnov — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Theory and History of the Law and State, Kazan branch of the Russian State University of Justice; 7a 2nd Azinskaya str., Kazan, 420088, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-9934-4975

e-mail: field08@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Научная статья

Исторические корни и современное состояние проблемы «публичное — частное право» во французской юридической доктрине

А.П. Семитко  

Гуманитарный университет,
г. Екатеринбург, Российская Федерация
приглашенный профессор, университет Париж Нантерр, Париж, Франция
 asemitko@mail.ru

Аннотация. Советская правовая система не знала деления права на частное и публичное, поскольку коммунистическая идеология не признавала ничего частного. Завершение коммунистического эксперимента и переход России к правовому государству, социальному рыночному хозяйству и уважению прав человека закономерно привел к необходимости возрождения частного права и его дальнейшему развитию, а потому в российской юриспруденции стала актуальной проблема деления права на частное и публичное. *Предметом исследования* является французская правовая доктрина по данной проблеме, изучение которой проводится по неопубликованным в России источникам. Рассматриваются исторические корни основного разделения права и его значение для французской правовой системы. Несмотря на отсутствие жестких границ в указанном разделении, описывающая его теория базируется на реальной правовой действительности романо-германской семьи правовых систем; эта теория не является абстрактным теоретизированием и полезна для практики, ибо нацелена на сохранения баланса между публично-правовым и частноправовым регулированием. Обсуждается вопрос о наличии основного разделения права в прецедентной правовой системе. Проводится *сравнительное* изучение проблемы в российской правовой доктрине. Делается *вывод*, что права человека являются той общей частью, которая объединяет публичное и частное право, а потому их единство имеет неразрывный характер: умаление частного права, как показал опыт строительства коммунизма в России, неминуемо приводит к уничтожению прав человека, а затем к превращению публичного права в псевдоюридическую систему.

Ключевые слова: право, частное право, публичное право, основное разделение права, дуализм права, романо-германская семья правовых систем, права человека

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 26 апреля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Семитко А.П., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Семитко А.П. Исторические корни и современное состояние проблемы «публичное — частное право» во французской юридической доктрине // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 562—585. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Research Article

Historical roots and current state of the “public — private law” issue in French legal doctrine

Alexey P. Semitko  

Liberal Arts University,
Yekaterinburg, Russian Federation
Visiting Professor, University of Paris Nanterre, Paris, France
 asemitko@mail.ru

Abstract. The Soviet legal system did not know the division of law into private and public, because communist ideology did not recognize anything private. The end of communist experiment and transition to legal state, social market economy and respect for human rights naturally led to the need to revive private law and to further develop it; therefore in Russian jurisprudence the issue of dividing the law into private and public has become relevant. The subject is the French legal doctrine on this issue; the study is carried out on the unpublished in Russia sources. The historical roots of the basic division of law and its significance for the French legal system are in the focus. Despite the absence of rigid boundaries in this division, the theory describing it is based on the real legal reality of the Romano-Germanic family of legal systems. This theory is not abstract theorizing; it is useful for practice because it aims to maintain a balance between public law and private law regulation. The issue of basic division of law in the case law system is discussed. A comparative study of the issue in the Russian legal doctrine is conducted. The author comes to the conclusion that human rights are the common part that unites public and private law, and therefore their unity is inextricable: the abrogation of private law, as the experience of building communism in Russia showed, inevitably leads to the destruction of human rights, and then to the transformation of public law into a pseudo-legal system.

Key words: law, private law, public law, fundamental division of law, dualism of law, Romano-German family of legal systems, human rights

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 26th April 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Semitko, A.P. (2021) Historical roots and current state of the “public — private law” issue in French legal doctrine. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 562—585. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Введение

Советская правовая система не знала деления права на частное и публичное, поскольку коммунистическая идеология не признавала ничего частного. При этом все частное отрицалось не только в народном хозяйстве, о чем в 1922 г.

говорил основатель советского государства В.И. Ленин (Lenin, 1970:398), но и в социальной системе в целом, так как отдельный человек — «частное» лицо — рассматривался как средство для построения нового и, как казалось тогда, более справедливого общества, которое и объявлялось в данной государственно-правовой и социально-политической идеологии главной ценностью в ущерб интересам и достоинству отдельной личности. Правовое регулирование, как и вся социальная сфера, было огосударствлено, приобрело тотальный публично-правовой характер и превратилось в итоге в псевдоюридическую, неэффективную и античеловечную по своей сути систему управления делами общества. Заметим, что уничтожение частного права социализмом было предсказано теоретически за несколько лет до указанного распоряжения В.И. Ленина известным дореволюционным цивилистом И.А. Покровским в книге «Основные проблемы гражданского права», написанной в 1915—1916 гг. и опубликованной в Петрограде в 1917 г. (Pokrovsky, 1998:45—48). Многие явления и соответствующие им категории, необходимые в развитых правовых порядках, прежде всего в тех, которые ориентированы на идею правового государства, исчезли во внутреннем праве СССР за ненадобностью: например, публичный порядок, базирующийся на фундаментальных принципах права, а значит включающий в себя и идею прав человека, и выступающий не только для защиты общего социального интереса, но и для определения границ частной свободы (Krief-Verbaere, 2003:151—175; Verbaere, 2002:4—22; Litvinsky, 2005:464—555; Yarkov, 2020:246—250). Исчезновение последней, превращение всего социального в интерес «общественный», как его представляла себе узкая партийная верхушка, привело к исчезновению потребности не только в публичном порядке, но и во многих иных правовых механизмах, принципах и институтах. Ведь коммунизм, по утверждению его классиков, находится в оппозиции «против права как политического и частного, так и в его наиболее общей форме — в смысле права человека» (Marx & Engels, 1950, VII:186).

Завершение коммунистического эксперимента в конце 80-х — начале 90-х гг. прошлого века и медленный переход к демократии, правовому государству, социальному рыночному хозяйству и уважению прав человека закономерно привел к необходимости возрождения частного права (Alekseev, 2016:448—450) и восстановления самой его идеи (Alekseev, 2010a:323, 408), а потому в российской юридической науке актуализировалась проблема основного разделения права, решение которой позволит определить самостоятельное, достойное место частного права в системе «частное — публичное право» России. Отмеченная актуализация нашла свое отражение также и в изменении номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени в России, и теперь вместо пятнадцати специальностей мы имеем пять, центральное место среди которых принадлежит публично-правовым и частно-правовым наукам¹.

¹ Приказ Минобрнауки России от 24.02.2021 № 118 «Об утверждении номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени, и внесении изменения в Положение о совете по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук, утвержденное приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 10 ноября 2017 г. № 1093» // Официальный интернет-портал правовой информации. Режим доступа: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 06.04.2021).

В правовой системе Франции деление права на публичное и частное является наиболее ярко выраженным: оно отражается в особенностях устройства ее судебной системы, в номенклатуре научных специальностей, в системе юридического образования. По этим причинам представляет особый интерес исследование доктринальных подходов к указанной проблеме именно в данной стране. Россия, как и Франция, принадлежит к романо-германской семье правовых систем, поэтому так важен анализ подходов к этой проблеме в одной из родственных нам правовых систем, что позволит зафиксировать общее и особенное в наших доктринах, а также понять, почему такое деление необходимо изучать в теории и учитывать на практике, что позволит наметить пути дальнейшего развития российской доктрины, благотворно скажется на правопорядке и будет, смеем выразить такую надежду, способствовать прогрессу правовой культуры России в целом.

Для решения поставленной задачи используется метод сравнительного правоведения: французская правовая доктрина изучается в сопоставительном плане, хотя характеристика российской юридической науки по данному вопросу минимальна и по причине небольшого объема статьи, и по причине хорошего знакомства российского читателя с данной проблемой. В таком случае можно говорить об имманентном характере сравнения. Используется также формально-юридический и исторический методы, правовая герменевтика (метод толкования права) и отдельные элементы культурологического анализа.

Исторические корни

Деление права на частное и публичное — историческое наследие и яркая отличительная черта романо-германской семьи правовых систем (David & Jauffret-Spinosi, 1998:60-61; David & Jauffret-Spinosi, 2002:63—64; Saidov, 2006:212; Schapp, 2006:19—23). Активно обсуждают эту проблему и в современной французской юридической литературе. Публичное и частное право делят здесь обычно на основании круга субъектов, участвующих в урегулированных правом отношениях, обязательно отмечают дуализм юрисдикций (судебная — «частная», для частных лиц и административная — публичная), в рамках которых соответствующие субъекты разрешают свои споры, часто добавляют критерий интереса (подчеркивая при этом сложности в установлении четких границ между публичным и частными интересами), в ряде случаев отмечают положение сторон по отношению их друг к другу (субординационные в пользу властного субъекта (Roubier, 2005:296)² или координационные, основанные на равенстве сторон и автономии их воли), другие юридические (односторонность и принудительность, порой прямая, властного волеизъявления и императивные правовые нормы или договорная техника и диспозитивные правовые нормы как

² Этот критерий, по справедливому замечанию Поля Рубье, не подходит для международного публичного права (МПП), в рамках которого государства находятся в равном положении по отношению друг к другу, и при отсутствии какого-то вышестоящего для них органа не может быть и речи о возникновении здесь правового режима субординации, что приводит в итоге к величайшему юридическому несовершенству и незавершенности в целом юридической конструкции МПП (Roubier, 2005:296).

преимущественные правовые средства в каждом из соответствующих подразделений права), а иногда и политико-правовые, идеологические (частное право — свобода, публичное — принуждение (Alland & Rials, 2003:522—525; Aubert, 2002:35—37) признаки и критерии, каковых французы насчитывают, со ссылкой на немецкого юриста начала прошлого века Якова Холлигера (работа 1904 г.), семнадцать (Roubier, 2005:295)³. Единодушно указывают на римское частное право (и далее дигесты Юстиниана, средневековую рецепцию римского права в Европе) как на источник разделения права на публичное и частное во французской правовой системе и отмечают, что в доктрине указанная дихотомия появилась лишь в XVI—XVII веках (Thireau, 2003:355—357; Alland & Rials, 2003:520—522; Beaudet, 1997:84—93). В Средние века эта идея была забыта или, как минимум, отодвинута на второй план, поскольку безраздельно господствовало право частное: публичная власть и суверенитет сами по себе определялись как собственность, как владение Князя, или Государя, и, наоборот, согласно знаменитому высказыванию французского юриста, государственного деятеля и одного из авторов Кодекса Наполеона — Гражданского кодекса 1804 г. Порталиса, во времена революций «все становится публичным правом» (Carbonnier, 1994:99; Malaurie & Morvan, 2005:48). Заметим, что верность последнего тезиса была сполна подтверждена также и в ходе Октябрьской революции в России. Во французском «Словаре правовой культуры» (Alland & Rials, 2003:520) также подчеркивается, что в Средние века римская дихотомия «публичное — частное право» была забыта, ибо средневековый мир был непроницаем для римских юридических категорий (Roubier, 2005:299—300). Однако, что касается ученой мысли средневековья, то в ней, по мнению ряда авторов, активно обсуждался данный вопрос и понятие «публичная польза» играло при этом большую роль в поисках критерия для разграничения публичного и частного права; это последнее имело единственное преимущество быть «уникальным и без всякой таинственности понятием, основывающимся исключительно на пользе отдельного» (Souriaux, 1987:84—85, 113—115).

В весьма подробном «Историческом введении в право» Андре Кастальдо, анализируя формирование частного права в эпоху средневековья, подчеркивает, что происходящие после исчезновения Римской империи изменения оказывали серьезное влияние на положение индивидов и территорий и заключались они, на самом деле, в слиянии публичного и частного права, поскольку право определяло теперь новую социальную ситуацию (Castaldo, 2006:182; Cabrillac, 2019:62). В параграфе «Обычное право и разделение на публичное и частное право» историк права пишет, что в период Средних веков зародилось множество институтов, которые можно рассматривать с точки зрения частного права, хотя природа и функционирование их относятся к политической организации средневековой эпохи (видимо, поэтому другие авторы говорят о превалировании частного права над публичным в Средние века (Lovisi, 2003:112—115). Эта организация, в действительности, являлась часто результатом встречи и даже слияния публичного

³ Известный российский ученый А.М. Михайлов систематизировал и глубоко проанализировал шестнадцать критериев, на «основе которых можно выявить различия между частным и публичным правом» (Mikhailov, 2016:400—407).

и частного права X в. и являлась составной частью смешанного образования, сформированного в тигле обычной феодальной сеньории. Великое разграничение на публичное и частное право исчезло и было найдено, и то, по мнению автора, с большим трудом, лишь в Новое время. Это деление стало хорошо известно на континенте с XII в., но обычное право оставалось к нему непроницаемым; несколько сборников обычного права, испытавшие на себе сильное влияние римского права, обращались иногда к этой дихотомии *summa divisio*, но весьма неуклюже и не доводили ее до фактического применения в реальности обычного права (Castaldo, 2006:194).

Что касается римского права, дигестов Юстиниана, последующей их рецепции на континенте и той главенствующей роли, которую они сыграли в становлении рассматриваемой дихотомии, то она никем не оспаривается. Мишель Вилле высказал, но правда, по другому поводу еще более фундаментальную мысль относительно римского права как главного истока континентальной правовой системы (выразив сожаление, что в учебных программах для юристов римское право принесено в жертву изучению более полезных, по мнению некоторых весьма известных профессоров, предметов, он добавил): «Право Европы — это заимствование *Corpus Juris Civilis*. Именно в римском праве мы находим секрет его отличия по отношению к другим “великим системам” (таким, как китайское, индусское, еврейское право, каноническое право христианской Церкви), ключ его структуры, его метода, его принципов. Наша наука права исходит из Рима; это — изобретение римлян, также как философия — изобретение греков» (Villey, 1975:89—90; Cuniberti, 2007:19, 25).

Деление права на частное и публичное — *summa divisio* французского права

Данное деление признают наивысшим, главным, основным — *summa divisio* — делением французского права и французской юридической доктрины (даже номенклатура профессорско-преподавательского состава делится на «публицистов» и «приватистов», юридическое образование также ориентируется на данную схему (Miaille, 1982:173; Sourieux, 1987:114; Durand, Chêne & Leca, 2004:156; Auby & Freedland, 2004:9, 13), с одной стороны, а с другой — не перестают критиковать и ставить эту классическую характеристику под сомнение (Cabrillac, 2019:65; Alland & Rials, 2003:520; Miaille, 1982:173—183; Sériaux, 1997:288—293; Mainguy, 2002:15—22; Aubert, 2002:34, 37; Aubert, 2004:17—26; Durand, Chêne & Leca, 2004:156; Malaurie & Morvan, 2005:47—54; Roubier, 2005:294; Taormina, 2005:73; Beignier & Bléry, 2006: 65, 108; Malinvaud, 2006:169—171; Fabre-Magnan, 2009:13—14; Lacoste-Mary, 2009:32—35; Bonnet & Deumier, 2010; Bioy, 2011:13; Cabrillac, 2019:63—69; Halpérin, 2019:227—228). Так, в частности, французские теоретики права единодушно отмечают условность, неопределенность и нестабильность (изменчивость во времени) деления права на публичное и частное, а потому невозможность установления четких границ между указанными подсистемами (Carbonnier, 1994:99; Petit, 1992: 10—11; Petit, 2006:14—15; Courbe, 2003:15—16; Bialès, 2006:18—19; Beaudet,

1997:108—109 и др.). При этом подчеркивается, что наличие и почти что обязательное упоминание данной дихотомии практически в любой работе, посвященной общим вопросам теории права, не должно скрывать глубокого единства права как целого, которое имеет, конечно, различные аспекты и поэтому его можно рассматривать с разных углов зрения. Ален Серьо отмечает, что «право, все право, имеет двойное измерение — публичное и частное» (Sériaux, 1997:293), а знаменитый профессор административного права университета Бордо Леон Дюги (1859—1928) говорил: «Не существует права публичного и права частного, существует право» (Gridel, 1994:133). Однако, будучи в оппозиции к данному разделению, Леон Дюги и сам, тем не менее, использовал его иногда в своих работах (Auby & Freedland, 2004:20).

Можно сказать, что данный вопрос во французской юридической доктрине находится в ситуации достаточно «спокойной», но перманентной дискуссии. Поэтому очень трудно найти работу по введению в право, где бы данная проблема не обсуждалась, хотя бы в самом кратком виде (часто затрагивают ее также и в рамках французской дисциплины «гражданское право»). Французский курс «Введение в право» по своему предмету и содержанию совпадает в значительной мере с современной российской общей теорией права, а в нашей дореволюционной литературе — с энциклопедией права (Slobozaninov, 2020:122), некоторые учебники по которой имели практически такую же структуру и обсуждали похожий круг вопросов, как и современное французское «введение в право» (Trubetskoy, 1999; Taranovsky, 2001)⁴. Среди таких редких исключений, когда в рамках указанной дисциплины не нашлось места для обсуждения проблемы «публичное — частное право» самой по себе, можно назвать «Уроки по введению в право», авторы которых предложили весьма оригинальную и исключительно интересную структуру (как и содержание) предмета исследования (введения в право — общей теории права). Замечу, что авторы курса не критикуют и не отрицают данную дихотомию, они просто умалчивают о ней, что является более или менее закономерным следствием избранного ими структурного подхода к представлению и анализу общетеоретических проблем французского права. Однако они все-таки пишут, например, про «Имущество публичное, имущество частное» (таково название соответствующей главы — урока), где в первой категории выделяют имущество, образующее публичную собственность государства (не подлежащее по общему правилу, приватизации), и частную собственность государства (свободно участвующую в гражданском обороте); в курсе упоминается о частных лицах, а также анализируются юридические лица публичного и частного права и т. д. (Benillouche, Chavrier & Delamarre, 2009:125—129, 138—142). Ученые и не могут поступить иначе, ибо во всех упомянутых случаях

⁴ Заметим, что имеющийся в учебнике Тарановского Ф. В. раздел «Общее учение о государстве», как правило, отсутствует в современной французской дисциплине «Введение в право». Вопросы государства, его правового регулирования, устройства и функционирования во Франции изучают в рамках курсов «Публичное право», «Политические институты и конституционное право», «Конституционное право», «Административное право», «Административные институты» «Юрисдикционные институты» (последний совпадает во многом с нашим курсом «Правоохранительные органы») и др. (Georges, 1984; Zoller, 2006; Pactet, 1991; Pactet & Mélin-Soucramanien, 2007; Türk, 2009; Chapus, 2001; Maillot, 2006; Perrot, 2020).

имеются серьезные различия в правовом регулировании соответствующих вопросов, что и находит адекватное отражение в рамках обсуждения проблемы основного разделения права, если бы данные авторы решили говорить о ней прямо. Перефразировав известное выражение, можно сказать, что деление права на частное и публичное, которое ученые пытались прогнать в дверь, «пролезло» в их текст через окно. Все это дает основание утверждать, что рассматриваемое в данной статье деление права не является абстрактной доктринальной идеей, которая могла во французской юридической науке (как и в других доктринах романо-германской семьи правовых систем) быть, а могла бы и не быть, но отражает важнейшую и достаточно глубинную часть правовой реальности.

В подтверждение данного вывода можно сослаться и на авторитет римских юристов, впервые отразивших и зафиксировавших указанный дуализм правовой действительности, помня, что они не имели склонности к пустому абстрактному теоретизированию, а решали практические юридические задачи — даже тогда, когда писали, как, например, Ульпиан, про изучение (или про само строение права? Однако, скорее всего, в равной мере и про изучение, и про строение) права, на что обращено внимание как в российской (Maltsev, 2003:24; Belov, 2007:39—40), так и в зарубежной (но с оговорками об авторстве вводной части этой фразы, а именно: про «изучение» (Vecchio, 2004:292) юридической науке — и потому сложившаяся в романо-германской правовой доктрине на основе их констатаций теория разделения права на публичное и частное есть отражение реально существующих особенностей правового регулирования в каждой из указанных сфер.

Что касается отношения идеи Ульпиана и римских юристов либо к самому строению права, либо только к его изучению (или к тому и другому одновременно, что более логично), то итальянский философ права Джорджо Дель Веккьо в «Философии права» (французское переиздание 1953 г. его работы 1930 г., которая тогда называлась «Уроки по философии права») отметил, что, согласно мнению некоторых романистов, вводная часть высказывания о том, что в данном исследовании есть два направления («изучение права распадается на два положения»), возможно, не принадлежит Ульпиану, а была добавлена позже (Vecchio, 2004:292). Эта гипотеза усиливает позицию тех ученых, которые, как и автор этих строк, полагают, что римские юристы в данном случае имели в виду не столько (или не только) изучение права, сколько его глубинное строение — его структуру и присущие каждой из ее частей свои юридические особенности. И, исходя из их практического мышления, это — наиболее вероятная гипотеза. Дореволюционный российский цивилист Н.Л. Дювернуа, процитировав это высказывание Ульпина, приводит мнение немецкого романиста Генриха Дернбурга (1829—1907), который в своих Пандектах обращает внимание «на *практический* характер этого деления двух сфер права у римлян...» (Duvernois, 2004:31). Поль Рубье, с одной стороны, соглашаясь (со ссылкой на работу Е. Ризлера 1938 г.) с тем, что могут быть сомнения в том, насколько это знаменитое высказывание Ульпиана точно выражало взгляды римских юристов на интересы как основание деления права на публичное и частное, приводит, с другой стороны, мнение Папиниана (D. 2, 14, 38) о том, что «публичное право не может быть изменяемо

договорами частных лиц» и пишет, что это правило действовало именно потому, что частные лица не имели никакой власти в отношении интереса публичного (Roubier, 2005:296—297). К этому мнению П. Рубье добавим также и то, что максима Папиниана прекрасно свидетельствует о глубочайшем понимании римскими юристами различий в правовых режимах публичного и частного права, следовательно, данное деление существует в самой правовой материи, что ими глубоко осознавалось, анализировалось и учитывалось в практической юридической деятельности. Как отмечал еще С.А. Муромцев, противоположность публичного и частного (ученый называл его гражданским) правового порядка не составляет только идею ученого (Ульпиана), но «выражается в целом ряде внешних фактов. Ей соответствует (хотя далеко не всегда) большое различие в учреждениях, которые выполняют функции юридической защиты» (Muromtsev, 2004:169). Представляется, что совершенно не правы те ученые, которые утверждают о произвольности, умозрительности и искусственности подобного рода конструкций. Их утверждения (Ricci, 2002:9; Munagorri, 2006:12; Munagorri, 2019:15—16; Aubert, 2004:18; Labbée, 2005:13) выглядят иногда внешне правдоподобными лишь в силу того реального факта, что рассматриваемое деление не имеет, на самом деле, четких и жестких границ, которые к тому же еще и меняются во времени.

Деление права на публичное и частное есть теория, которая базируется на реальной правовой действительности, как минимум, романо-германской семьи правовых систем.

Имеется ли подобное деление в других семьях правовых семей?

Наличие такой дихотомии, но весьма слабо выраженной, отмечают даже в англо-американской прецедентной семье — в системе общего права (Auby & Freedland, 2004:10, 14). Хотя вполне вероятно, что многое, если не все, зависит от подхода, от предварительной установки субъектов правового анализа и поэтому то, что «видят» в прецедентной системе континентальные юристы — не замечают или (что, скорее всего) не придают особого значения, а потому не используют в своей практической работе юристы-аборигены общего права. Все это отнюдь не свидетельствует об отсутствии в данной, как и в почти любой другой современной правовой системе качественного различия в публично-правовом и частноправовом регулировании соответствующих отношений. Исключение следует сделать для идеократических — коммунистических и, возможно, религиозных систем регулирования. Так, в последних имеются свои особенности в плане основного разделения права, когда такое деление либо не признается вообще, либо, как, например, в исламской правовой культуре, проявляется во второстепенных для нее классификациях: сначала все право делится на право Бога, то есть связанное с культом, и на право людей — это и есть ключевое для данной правовой системы деление; и уже далее — в праве людей — выделяются отрасли, которые регулируют отношения частных лиц, а также отрасли, которые регулируют отношения властвующих и подвластных, устройство государства и т. д. (Khalláf, 1997:47—48; Weiss, 2008:280), что и доказывает реальность

основного разделения права даже в мусульманском праве (в праве людей, конечно). Дж. Шахт отмечает, что типичной чертой исламского права является его частный и индивидуалистический характер в целом, что вполне согласуется с анализом структуры исламского «публичного» (слово «публичное» у данного автора — в кавычках) права (Schacht, 1982:208—209). Таким образом, если рассматриваемая в данной статье дихотомия не акцентируется учеными или практиками какой-то правовой системы, в том числе англо-американской юридической доктриной в целом и если она не реализована в институциональном государственно-правовом устройстве, то это свидетельствует лишь о слабом ее концептуальном (в силу незаинтересованности ученых в данной проблеме) анализе и соответствующем практическом правовом развитии (точнее, неразвитости в данном отношении) по причине весьма большого числа возможных вариантов как анализа, так и практического функционирования той или иной правовой системы, которые зависят от истории и культуры данного социума, его менталитета и массы других факторов соответствующей правовой нации. Оригинальным примером такого специфического «видения», которое зависит от национально-правовой «прописки», а значит и соответствующей установки юриста-исследователя может послужить пример рассмотрения французского права английскими учеными.

Так, профессора трех британских юридических факультетов подготовили очень интересную книгу «Принципы французского права», в которой они следуют в основном за сложившимся во Франции делением права на публичное и частное, однако, во-первых, все процессуальные отрасли структурно выводят за пределы указанной дихотомии (сначала рассматривают процессуальные отрасли, которые для их правовой доктрины представляют гораздо больший интерес и значение, а потом уже выделяют разделы публичного и частного права, где реально анализируют отрасли лишь материального права, хотя и указывают ранее, что данная дихотомия распространяется как на материальные, так и на процессуальные отрасли права) и, во-вторых, структуру частного права представляют не по тому отраслевому делению, какое принято во Франции, а так, как видят они ее сами и как считают (причем, возможно, что вполне оправданно) более продуктивным для объяснения своим англо-американскими правовым соотечественникам, для которых они и подготовили данный труд, и поэтому частное право у них оказалось разделенным, скорее, по тем рубрикам, которые приняты в прецедентной, а не в континентальной системе, а именно: семейное право, право собственности, обязательственное и коммерческое право (Bell, Boyron & Whittaker, 1998:40). В этом перечне отраслей бросается в глаза, прежде всего, отсутствие гражданского права, в то время как континентальную семью правовых систем не редко обобщенно называют, в том числе и авторы цитируемой работы (Bell, Boyron & Whittaker, 1998:1), системой гражданского права (Fabre-Magnan, 2009:18), и, кроме того, они выделяют семейное право, которое во Франции включено в право гражданское (Roubier, 2005:292; Leveneur, 1995), то есть в рамках частного права британские коллеги рассмотрели лишь одну его отрасль (коммерческое), несколько частей гражданского права обозначили как самостоятельные отрасли, а самую главную (и по объему, и по значению) отрасль

не стали указывать вовсе, что искажает принятый у французских юристов подход к данному вопросу. Правда, в другой работе один из указанных авторов дает анализ французской системы права, характерный в общем и целом для стандартного описания ее в континентальной правовой доктрине: анализируется гражданское, уголовное, административное и конституционное право — именно такой порядок глав принят у автора, хотя для юриста континентальной правовой системы гораздо более логичным представляется начать с анализа прежде всего конституционного права, в котором заложены основы правовой системы в целом, чего англичане, по видимому, сильно недооценивают в силу отсутствия у них писанной конституции (Dell, 2001:64—242). И наоборот, французский юрист, преподававший 14 лет в Королевском колледже в Лондоне, — Ева Штейнер специально для английского читателя написала книгу «Французский юридический метод» (Steiner, 2002:241), в которой она посмотрела на французское право глазами английского юриста и сделала это, по моему мнению, весьма успешно, хотя и без анализа основного разделения права, о котором пишут представители континентальной семьи правовых систем и которое вряд ли заинтересует английского читателя, что прекрасно понимает Е. Штейнер, опуская данную проблему из рассмотрения в своей монографии. В любом случае эта и упомянутые выше две работы, в которых анализируется французская правовая система, обогащают представителей как континентальной, так и, надеюсь, англо-американской правовой доктрины тоже.

В российской дореволюционной литературе при анализе основного разделения права некоторые ученые полагали само собой разумеющимся его наличие и в английской правовой системе тоже. Так, Н.Л. Дювернуа, сторонник такого формально-юридического критерия деления права на публичное и частное, как инициатор защиты нарушенного права — представитель государства или частное лицо — писал: «Если мы возьмем за признак частного права иск лица, направленный к ограждению норм в его интересе, то окажется, что в Риме и в Англии под этот признак подойдет круг явлений, неизмеримо более обширный, чем у французов, немцев, у нас» (Duvernois, 2004:54). Если исходить из данного критерия разграничения права на две подсистемы, то оказывается, что в английской правовой системе сфера частного права гораздо более обширная, чем сфера права публичного. А утверждение об отсутствии такого деления в Англии для данного подхода было бы явным недоразумением.

Понятно, что идея «публичное — частное право» не воспринята доктриной прецедентного права и потому она там не развита и не используется. Но в современном цивилизованном обществе хоть Запада, хоть Востока, с почти всеохватывающей ролью государства вряд ли кто-то будет серьезно настаивать на том, что отношения государственных органов между собой и с частными — физическими и юридическими — лицами строятся во всех абсолютно случаях по той же самой правовой модели, как и отношения частных лиц между собой. В каких-то правовых культурах этому реально существующему дуализму в средствах правового регулирования (причем эти средства могут использоваться как по отдельности, так и в разных сочетаниях), приводящему к соответствующим характеристикам в строении права (его норм, институтов, процедур и т. д.) придается

первостепенное значение и поэтому возникают специальные юрисдикционные порядки, другие особенности как институционального, в том числе судебного, устройства, так и структурного распределения правовой материи, а в других правовых культурах этому не придают большого значения, обращая внимание на другие моменты и классификации, что тесно связано, по верному мнению Пьера Сандевуара, не только с образом мышления и методами рассуждения, присущими каждому политическому сообществу, или с характеристиками каждой системы права, но и порой даже выражает «настроение и склонности тех или иных юристов» (Sandevoir, 1991:58; Sandevoir, 1994). В итоге все это приводит к образованию и дальнейшему развитию самых различных семей правовых систем — тех, в которых имеется отчетливо выраженное деление права на частное и публичное, и тех, где такого деления нет или, точнее сказать, оно не выявлено, как, например, в системе общего права, ибо не заинтересовало соответствующую доктрину, не было ею зафиксировано и не находит своего дальнейшего развития, а потому является, по верному замечанию А.М. Михайлова, чуждым для прецедентной правовой культуры (Mikhailov, 2016:417). Хотя это деление хорошо известно юристам общего права и они его обсуждают, но, разумеется, далеко не так активно, как в континентальных правовых доктринах (Zipursky, 2004:623—655). При обсуждении неприкосновенности частной жизни профессор центра права Университета Джорджтауна Анита Л. Аллен ссылается на работу Милля «О свободе» (1859 г.), который давно уже четко разграничил публичную и частные сферы, однако это, как видно, не воодушевило англо-американских юристов, за некоторыми незначительными исключениями, на продолжение анализа данной идеи в сфере права и его строения в особенности, на что они имеют, разумеется, полное право (Allen, 1999:144). Деление английской правовой системы на публичное и частное право как само собой разумеющийся ключевой факт можно найти и в учебной литературе, предназначенной для английских юристов, но такой подход, по-видимому, — исключение (Martin, 2001:3), чем общее правило. Авторы совместной французско-британской коллективной монографии, специально посвященной сравнительному изучению данной проблемы в этих двух правовых системах, отметили: «В конечном счете, оказывается, что настоящая конвергенция — в процессе своего становления: две правовые системы устремлены к некоторой средней позиции, в которой разделение на право публичное и право частное не будет ни фанатически защищаться, ни агрессивно отрицаться, но просто будет рассматриваться как релевантное и умеренно содержательное одновременно» (Auby & Freedland, 2004:10, 14).

Говоря о наличии во Франции судебной (общей) и административной юрисдикций, Филипп Жестаз пишет, что некоторые страны — такие, как например, США не знают подобного дуализма, что может привести к поспешному выводу, будто они игнорируют различие публичного и частного права. На самом же деле, это различие просто не так резко выражено, но оно неизбежно существует, поскольку соответствующие им два типа социальных отношений различаются по своей природе: брак и наследование, аренда и купля-продажа не подчиняются той же самой логике, что и отношения между гражданами и публичной властью (Jestaz, 2002:42—43). Деление права на публичное и частное существует во всех

западных правовых системах, в том числе и в английском праве, где оно, впрочем, появилось позднее (Auby & Freedland, 2004:10, 14; Malinvaud, 2006:169).

Российская правовая доктрина о публичном и частном праве

Поскольку российской частное право имеет «младенческий» возраст, то и само это деление появилось в России не так давно. История вопроса в целом (история доктрины, история становления и развития дуализма права) требует специального исследования. Кратко и глубоко по сути высказался по этому поводу Е.А. Суханов: «Существование сферы частного права как области, по общему правилу закрытой для произвольного вмешательства государства, в истории России, к сожалению, оказалось весьма непродолжительным и во многом символическим. Еще в конце XVII — начале XVIII в., когда в западноевропейских государствах уже активно развивалось частнокапиталистическое хозяйство (чему активно содействовало признание и закрепление в их правовых системах частноправовых начал), в российском законодательстве отсутствовали необходимые предпосылки (условия) частноправового регулирования» (Sukhanov, 2008, I:25). Понятно, что отсутствие или неразвитость частной собственности, частноправовых начал в правовой системе не позволяет говорить и об основном разделении права. Дореволюционный период развития вещного права рассмотрел М.Ф. Владимирский-Буданов в «Обзоре истории русского права» (Vladimirsky-Budanov, 1907:521—606), из которого видно, что становление частной собственности — сердцевины частного права — происходило в России крайне медленно и до момента, когда она была ликвидирована в результате Октября 1917 г. (Semitko, 2017:32—72) вряд ли можно насчитать более полувека, считая с 60-х гг. XIX в. — после реформ Александра II. Если к этому периоду добавить еще 30 последних лет — с момента принятия Закона РСФСР от 24.12.1990 № 443-1 «О собственности в РСФСР», где был раздел, посвященный праву частной собственности, — то в итоге не будет даже и одного века, хотя вряд ли имеет смысл считать здесь дореволюционный период, так как он был полностью нивелирован советской эпохой (Alekseev, 2007:136—238; Vlasova, 2007:68—115). Следует, однако, заметить, что частные и публичные дела различались в российском законодательстве и более раннего периода, то есть до реформ 60-х гг. XIX в. Так, Н.Л. Дювернуа, анализируя такой, выделенный немецким юристом Августом Тоном, критерий разграничения права на публичное и частное, как субъект притязания на защиту нарушенного права, отмечает, что в русском законодательном языке проводилось различие между делами общенародными и челобитчиковыми, ссылаясь при этом на ряд актов, первый из которых датирован 1714 г., хотя «полного соответствия понятия дела челобитчикова и права частного нет у нас..., но отметить чуткость нашей практики к тем же признакам, к коим приводят нас теперешние немецкие учения, конечно, любопытно» (Duvernois, 2004:47).

В дореволюционной юридической доктрине проблема основного разделения права, в том числе исторические ее корни, обсуждалась очень активно, анализ чего составляет предмет отдельного исследования. Одно лишь можно сказать

с полной уверенностью, что данный период в развитии российской науки заложил очень солидную базу для наших современных исследований (Korkunov, 2004:208—228; Muromtsev, 2004:168—202; Duvernois, 2004:30—57; Shershenevich, 1995. II:123—172; Petrazhitsky, 2000:508—588; Taranovsky, 2001:226—241; Trubetskoy, 1999. С. 192—199 (224 с.); Ilyin, 2003:118—123; Pokrovsky, 1998:37—48 и др.).

К публичному праву относятся правовые нормы, которые регулируют отношения, связанные с осуществлением государственной власти, с управлением общественными процессами в интересах всех, то есть в публичных интересах. Отношения регулируются из «одного центра» путем издания государственной властью императивных, обязательных для граждан предписаний. Публичное право базируется на отношениях власти и подчинения, то есть на неравноправии государства и гражданина, а также неравноправии в тех подсистемах государства (государственного аппарата в узком смысле), которые построены на принципе иерархической подчиненности.

Частное право — это право отдельной личности, которое защищает ее интересы во взаимоотношениях с другими частными лицами. Оно регулирует отношения между людьми в их ежедневной, обыденной жизни. При этом все находятся здесь в равноправном по отношению друг к другу положении, имеют одинаковые правовые возможности. Таковы, например, имущественные отношения, связанные с заключением различных сделок, занятием предпринимательской деятельностью, а также семейные и другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения (Alekseev, 2010a:321—444). Частное право — это область свободы, а публичное — область необходимости, господства императивных, властно-принудительных начал. Однако было бы ошибочно делать вывод о превосходстве одной подсистемы права над другой: они тесно взаимосвязаны и взаимозависимы — ни одна из них не может полноценно функционировать без другой.

В качестве критериев деления права на частное и публичное (или основного разделения права) отмечают следующие параметры, факторы, признаки или основания, которые можно объединить в две группы — материальный и формальный критерии. Область отношений (прямо или косвенно связанные с осуществлением публичной власти или не связанные с таковым). Цели и интересы, польза, которые по преимуществу преследуются субъектами отношений (общественные, публичные или частные). Юридические инструменты (средства и меры) защиты нарушенных прав, а также то, кто, по общему правилу, может выступать инициатором защиты нарушенных прав (государство или частное лицо). Преимущественные принципы и методы (императивные, централизованные или диспозитивные, децентрализованные), а также способы (обязывание, запрет или дозволение в разных сочетаниях) и модели (общедозволяющий или разрешительный, то есть «запретительный» типы) правового регулирования общественных отношений. Круг субъектов правовых отношений (в публичном праве, как минимум, одной из сторон всегда выступает государство, государственный орган, должностное лицо, наделенные властными полномочиями, отсутствующими у частных лиц). Положение участников регулируемых

отношений относительно друг друга (отношения субординации, то есть власти и подчинения в публичном праве либо координации, т. е. равенства в частноправовых отношениях (Alekseev, 2010a; Tcherepakhin, 1994; Dororkhin, 2006; Belov, 2007:35—63; Azmi, 2014; Mikhailov, 2016:398—430 и др.).

В итоге можно утверждать, что отношения между такими субъектами права, как государственные органы и должностные лица, — публичные, а между иными — негосударственными — субъектами (физическими и юридическими лицами) — частные; сложности возникают при определении типа регулирования (публичное или частноправовое) при осуществлении коммуникаций государственных органов и должностных лиц с физическими и юридическими лицами. Если сравнить российскую правовую ситуацию с французской правовой системой по исследуемому в статье критерию, то в России деление права на публичное и частное не проведено так строго и последовательно, как во Франции. Оно не доведено у нас до институциональной сферы, поскольку в России отсутствует деление судебной системы на суды общей и административной юрисдикции, как это имеет место во Франции, хотя в процессуальном законодательстве учитываются особенности рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений.

Если до сих пор публичное и частное право рассматривали как отличающиеся по ряду признаков составные части или подсистемы права в целом, то С.С. Алексеев сделал акцент на то, что указанное деление права — это, прежде всего, деление *концептуального* порядка (Alekseev, 2010a:344), а не просто и не столько классификационного характера, позволяющего распределить юридические нормы и правоотношения на две крупные подсистемы права, тем более, что сделать это последнее четко и последовательно крайне сложно, ибо границы между ними не всегда достаточно строгие — они зыбкие, подвижные, стертые реальной жизнью, законодательством и юридической практикой (Alekseev, 2010a:343; Alekseev, 1995:73; Alekseev, 2001:163). Публичное и частное право — это не отрасли, а целые сферы, зоны права, это — различные пласты правовой культуры (Alekseev, 1999:586—587), качественно разные области правового регулирования, два разных «континента» или две «юридические галактики» (Alekseev, 2010a:348; Alekseev, 1999:218), глубинные правовые начала (Alekseev, 1999:46—47; Alekseev, 2010a:351—352), разные «юридические миры» (Alekseev, 1999:586), которые в различном соотношении присутствуют в конкретных отраслях права и во многих случаях они оказываются «перемешанными»: в жизненных отношениях довольно часто наличествуют различные профильные элементы, одни из которых относятся к частному праву, а другие — к публичному. И хотя в каждом случае можно определить, какие из них являются основными, базовыми, но все же «предельно строгой классификации, когда весь правовой материал полностью, исчерпывающим образом распределяется по „своим“ полочкам, достигнуть здесь невозможно» (Alekseev, 2010a:344).

Прав С.С. Алексеев, говоря, что «частное право, как и право публичное, представляет собой в концептуальном отношении выражение первичных и исходных начал права как явления цивилизации и культуры (с философской стороны — как „явления разума“»)» (Alekseev, 2010b:468). Такой подход С.С. Алексеева можно соотнести и с концепцией Густава Радбруха о том, что

понятия «частное» и «публичное» право — это «априорные правовые понятия»: они не являются понятиями позитивного права, которых могло и не быть в каком-либо позитивном правопорядке. Логически они, скорее, предшествуют любому правовому опыту и изначально требуют его проявления (Radbruch, 2004:141—142).

Данное разграничение имеет «фундаментальное для права значение, выражает его глубокие, исходные начала, а отсюда — принципиальные особенности» (Alekseev, 1999:582). В этом делении скрыты и реализуются сами основы и принципы права как института цивилизации: в нем заложен потенциал рациональной организации жизни людей. С.С. Алексеев приводит мнение И.А. Покровского, о том, что юриспруденция «инстинктивно чувствует» в различении публичного и частного права «глубоко принципиальное; она **смутно** улавливает глубокую разницу в самом **духе** права публичного и частного» (Pokrovsky, 1998:38).

Таким образом, разграничение права на публичное и частное выражает глубокие, **исходные начала права**, а отсюда и принципиальные особенности, которые проявляются в рамках данных сфер права, каждая из которых отличается своеобразным юридическим инструментарием (Alekseev, 2001:113). Публичное и частное право имеют свой собственный «дух» (Alekseev, 2010a:351—352), свои исходные начала, принципы, особенности.

С.С. Алексеев отмечает, что во второй половине XX и на пороге XXI в. начинают вырабатываться и приниматься гражданские законы нового поколения, выражающие глубокое единство частного права и неотъемлемых прав человека — такие, как Гражданский кодекс Нидерландов, канадской провинции Квебек (Alekseev, 2010a:357—360, 397—398). Ученый включает в этот перечень и принятый в России Гражданский кодекс (ГК РФ в дальнейшем), поскольку в нем закреплена идеологическая основа современного гражданского общества, определяющая устои цивилизованной рыночной экономики, которая, в свою очередь, является составной частью современного гражданского общества. Эти основы, как отмечает автор, нигде, кроме ГК РФ, не закреплены, хотя они по своему содержанию и важности имеют характер фундаментальных, то есть конституционных прав, поскольку они закрепляют основы статуса субъектов права. Пункт 2 ст. 2 ГК РФ устанавливает также, что «неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством...». При этом статус гражданских прав по своей юридической обеспеченности такой же, как и прав конституционных: ч. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ воспроизводит ч. 3 ст. 55 Конституции России, но вместо широкой формулировки конституционного текста — «права и свободы человека и гражданина» — использует формулировку «гражданские права», что соответствует отраслевой природе и предмету регулирования гражданского права. Не случайно Конституционный Суд России (КС РФ в дальнейшем) придал — и совершенно справедливо — указанным положениям конституционно-правовой статус: конституционная природа основных начал гражданского права была признана им в ряде своих решений. Так, в п. 3 постановления от 21.04.2003 № 6⁵ Суд отмечал, что основные

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 ГК РФ в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой,

начала гражданского законодательства (п. 1 ст. 1 ГК РФ) вытекают из Конституции РФ, то позже он стал давать более «статусную» формулировку, придающую гораздо больший «вес» указанным началам, а именно: указанные в п. 1 ст. 1 ГК РФ основные начала гражданского законодательства, по справедливому мнению КС РФ, «имеют конституционное значение»⁶. Теоретическое предвидение С.С. Алексеева о фундаментальном значении для нашей (как и любой иной, исторически базирующейся на римском праве) правовой системы и потому конституционном уровне частноправовых начал нашло поддержку в решениях Конституционного суда РФ, который придал им юридическую силу Конституции России.

Заключение

Анализ французской юридической доктрины по проблеме деления права на частное и публичное показывает, что, несмотря на относительность и условность такого деления, оно для французской правовой системы является базовым, фундаментальным: все, что касается осуществления государственной власти относится к праву публичному, а остальное принадлежит сфере частного права и, как совершенно верно отмечено в «Словаре правовой культуры», при «таких условиях только исчезновение государства положит конец этому дуализму» (Alland & Rials, 2003:525).

Российскому читателю хорошо известно обсуждение данной проблемы в одноименной юридической литературе и, если сравнить его с обсуждением во французской правовой доктрине, то можно указать как на общие моменты (по вопросу о критериях деления, например), так и на особенности (связанные с отнесением тех или иных отраслей права к публичному или частному), в том числе особенности, вытекающие из наличия во французской правовой системе дуализма юрисдикций. Полагаем, что важность этого разделения для российской правовой культуры заключается в настоятельной потребности возрождения частного права и укрепления его достойного места в рамках рассмотренной дихотомии, что необходимо для развития как правовой системы в целом, так и демократических прав и свобод в российском обществе, построения правового государства, ибо частное право выражает глубинный и наиболее важный дух права в целом, а происходящий сегодня в развитом правовом мире процесс конституционализации права позволяет нам сделать вывод о том, что права человека являются той общей частью, которая объединяет публичное и частное право, а потому их единство имеет неразрывный характер и умаление прав человека,

А.В. Немировской, З.А. Склиановой, Р.М. Склиановой и В.М. Ширяева // Собрание законодательства РФ. 28.04.2003 г. № 17. Ст. 1657. См. также п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 06.06.2000 № 9-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего пункта 2 статьи 77 Федерального закона „О несостоятельности (банкротстве)“ в связи с жалобой открытого акционерного общества „Тверская прядильная фабрика“» // Собрание законодательства РФ. 12.06.2000 г. № 24. Ст. 2658.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.01.2009 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2, 3 и 4 статьи 13 и абзаца второго пункта 11 статьи 14 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» в связи с жалобой гражданки Л. Г. Погодиной» // Собрание законодательства РФ. 16.02.2009 г. № 7. Ст. 889.

как показал опыт строительства коммунизма в России (и в других коммунистических странах) неминуемо приводит сначала к уничтожению частного права, а потом к превращению публичного права в псевдоюридическую систему, ибо «публичное право, лишенное своего «напарника» — частного права, превращается в юридизированный придаток тиранической власти, всей репрессивной системы» (Alekseev, 2010a:391).

В качестве других, также весьма важных, общих выводов по статье отметим следующие моменты.

Деление права на частное и публичное было открыто римскими юристами, подхвачено и развито глоссаторами и постглоссаторами и, в конечном счете, стало важным идейным и структурным элементом в рамках романо-германской семьи правовых систем.

В феодальных социально-экономических системах основное разделение права утрачивает свой практический смысл и значение. И в тех странах, где в процессе становления буржуазной формации в течение длительного времени сохраняются феодальные пережитки, это деление развито слабо — как, например, в дореволюционной России.

Данное деление признают наивысшим, главным, основным — *summa divisio* — делением французского права и французской юридической доктрины с одной стороны, а с другой — ставят его под сомнение, особенно с учетом происходящих в праве процессов взаимопроникновения и переплетения публично-правовых и частноправовых элементов в рамках правовой системы — процессов публикации частного и приватизации публичного права. В России после завершения коммунистического эксперимента происходит возрождение частного права, что приводит к закономерному восстановлению и дальнейшему развитию присущего романо-германской правовой системе основного разделения права. Наша доктрина анализирует данную проблему, но далеко не так активно, как это имеет место во Франции.

В других современных развитых правовых системах (кроме коммунистических) также можно найти различия в правовом регулировании отношений государственных органов между собой и с частными лицами, с одной стороны, и между последними, с другой, что фиксируется внутренними наблюдателями и участниками соответствующей правовой системы. Однако выявление, развитие и углубление этого реально существующего различия зависит от исторических традиций и от концептуальных разработок в данном направлении в каждой конкретной правовой культуре. Там, где доктрина не уделяет этому вопросу достойного внимания особенности публично-правового и частноправового регулирования не выделяются, не изучаются и не обсуждаются.

Основное разделение права находит свое закономерное отражение либо в четком делении судебной системы на судебную и административную ветви юрисдикций — в так называемом в дуализме судебной системы, как во Франции, либо в урегулированных законодательством особенностях судопроизводства по делам, возникающим из публичных правоотношений, и всем остальным, как в России.

Теория разделения права на публичное и частное базируется на реальном и достаточно заметном различии в преимущественных способах, методах, а также

в иных юридических особенностях правового регулирования в рамках каждой из указанных подсистем. Поэтому ошибочным является мнение тех ученых, которые полагают, что данной разделению не имеет своих оснований в правовой материи, а является лишь результатом доктринального воображения и концептуального построения. В последнем случае можно согласиться лишь с тем, что внимание доктрины к данной проблеме и соответствующая ее концептуализация приводят к дальнейшему развитию основного разделения права, влияет на законодателя и правоприменителя, на устройство судебной системы и/или на процессуальные особенности рассмотрения соответствующих дел в судах, а также и, как во Франции, на систему юридического образования и номенклатуру научных специальностей; упомянутые во введении изменения последней, предпринятые недавно в России, также окажут в дальнейшем заметное влияние на развитие анализируемой дихотомии как в российской юридической науке, так и на практике.

Основное разделение права не может быть установлено на основании какого-либо одного критерия: необходима их система, при которой в каких-то случаях ярче проявляют себя одни критерии, а в других — другие: наиболее важные из них — это круг субъектов, участвующих в правоотношениях, их цели, непосредственные, или ближайшие, интересы («отдаленные» публичные или частные интересы практически всегда могут быть сведены друг к другу) и положение их по отношению друг к другу, используемые по преимуществу юридические средства и методы регулирования отношений, их предмет. В разделении права на частное и публичное невозможно установить четкие и тем более жесткие границы — как потому, что они меняются со временем, так и потому, что публичные интересы направлены в том числе часто на защиту в конечном счете и частных интересов тоже, а защита последних государством соответствует публичным интересам.

Одной из важнейших задач изучения проблемы основного разделения права, имеющей колоссальное практическое значение, является не вопрос об отнесении той или иной отрасли к одной из подсистем права (в том числе к смешанной в случае ее выделения) и не вопрос о том, где именно лежит граница между последними, а поиск баланса в использовании публично-правовых и/или частноправовых средств для достижения более эффективного регулирования самых различных, постоянно усложняющихся сфер общественных отношений, и более сбалансированной защиты собственно публичных и собственно частных интересов в обществе.

При наличии особенностей публично-правового и частноправового регулирования право представляет собой, тем не менее, целостную, единую систему — точно также, как наличие в любой иной системе тех или иных подсистем и элементов, не превращает ее в несколько различных систем либо даже в так называемую «двуединую» систему. Частное и публичное право не являются самостоятельными и независимыми подсистемами права, их противопоставление или установление иерархии между ними есть занятие бесполезное, ибо они тесно взаимосвязаны и зависят друг от друга. В то же самое время достижение более высокого уровня свободы индивида в обществе коррелирует с большим

уровнем развития частноправовых начал в правовой системе. Частное право всегда было и остается наиболее важной подсистемой права, ибо именно в нем вековой опыт более всего развил и усовершенствовал смысл права в целом. Уменьшение влияния на последнее подсистемы частного права приведет к умалению духа справедливости в обществе и к девальвации права в целом. Трагическим и абсолютно бесспорным подтверждением этого тезиса является опыт уничтожения частного права в советской России. Высокая оценка частного права не означает умаления права публичного, не должно быть также и речи о каком-либо превосходстве одного над другим. Особого внимания и усиленной защиты частное право требует лишь потому, что уничтожить его или превратить в неработающую, бездействующую декларацию, то есть пустую фикцию, как показывает история, гораздо легче, чем сделать подобное же в отношении права публичного. В современном, демократическом, ориентированном на идеалы правового государства обществе, частное право без права публичного будет таким же юридическим уродцем, как и публичное право — без частного! Они могут и должны существовать и «работать» только вместе и каждое — в своей сфере с необходимой опорой друг на друга, а в условиях развитого гражданского общества, в условиях конституционализма, основой которого являются права и свободы человека, и связанного с ним процесса конституционализации всех отраслей любой развитой континентально-правовой системы, общей частью, объединяющей публичное и частное право, становятся права человека, что в некотором отношении сближает эти две подсистемы, но не приводит их к слиянию или тем более к исчезновению весьма серьезных различий между ними.

Уничтожение прав человека приводит к ликвидации частного права и наоборот, а также — в обоих этих случаях — к превращению оставшегося в одиночестве без своего «напарника» публичного права в квази- или псевдоправовую систему (Alekseev, 2010 a:391), то есть к уничтожению гуманистического, персонцентристского права в конечном счете.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1995) *Theory of law*. 2rd. ed. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Теория права. Изд. 2-е. М.: БЕК, 1995. 320 с.
- Alekseev, S.S. (1999) *Law: alphabet — theory — philosophy: Experience of complex research*. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.
- Alekseev, S.S. (2001) *Ascension to law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Восхождение к праву. М.: Норма, 2001. 752 с.
- Alekseev, S.S. (2007) *The Law of Property. Problems of theory*. 3rd. ed. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. 3-е изд. М.: Норма, 2008. 240 с.
- Alekseev, S.S. (2010a) Private law: scientific and journalistic essay. In: *Collected works*. In 10 vols. Vol. 7: Philosophy of Law and Theory of Law. Moscow, Statute Publ. pp. 321—444. (in Russian).
Алексеев С.С. Частное право: научно-публицистический очерк // Собрание сочинений: в 10 т. Т. 7: Философия права и теория права. С. 321—444.
- Alekseev, S.S. (2010b) Civil law in the modern era. In: *Collected works*. In 10 vols. Vol. 7: Philosophy of Law and Theory of Law. Moscow, Statute Publ. pp. 445—472. (in Russian).

- Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху // Собрание сочинений: в 10 т. Т. 7: Философия права и теория права. М.: Статут, 2010. С. 445—472.
- Alekseev, S.S. (2016) *Science of Law*. Selected works. Introductory remarks. Krasheninnikov P.V. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
- Алексеев С.С. Наука права. Избранное / вступ. сл., сост. П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. 665 с.
- Alland, D. & Rials, S. (eds.) (2003) *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris, PUF. (in French).
- Allen, A.L. (1999) *Constitutional Law and Privacy*. A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory by Dennis Patterson (Editor). Oxford, Blackwell Publishing.
- Aubert, J.-L. (2002) *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 9 éd. Paris, Armand Colin. (in French).
- Aubert, J.-L. (2004) *Introduction au droit*. 9 éd. Paris, PUF. (in French).
- Auby, J.-B. & Freedland, M. (eds) (2004) *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques: The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?* Paris, Pantheon-Assas.
- Azmi, D.M. (2014) *The system of law and its structure: methodological approaches and solutions*. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).
- Азми Д.М. Система права и ее строение: методологические подходы и решения. М.: Юстицинформ, 2014. 392 с.
- Beudet, C. (1997) *Introduction générale et historique à l'étude du droit*. Paris, Centre de Publications Universitaires. (in French).
- Beignier, B. & Bléry, C. (2006) *Cours d'introduction au droit*. Paris, LGDJ. (in French).
- Bell, J., Boyron, S. & Whittaker, S. (1998) *Principles of French Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Belov, V.A. (ed.) (2007) *Civil law: topical problems of theory and practice*. Moscow, Yurait-Izdat Publ. (in Russian).
- Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. 993 с.
- Benillouche, M., Chavrier, A.-L. & Delamarre M. (2009) *Leçons d'Introduction au droit*. Paris, Ellipses. (in French).
- Bialès, M. (ed.) (2006) *Notions fondamentales de droit*. 5e éd. Paris, Foucher. (in French).
- Bioy, X. (ed.) (2011) *L'identité du droit public*. Paris, Institut fédératif de recherche. (in French).
- Bonnet, B. & Pascale, D. (eds.) (2010) *De l'intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé?* Thèmes et commentaires. Paris, Dalloz. (in French).
- Cabrillac, R. (2019) *Introduction générale au droit*. 13e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Carbonnier, J. (1994) *Droit civil: Introduction*, 22e éd. Paris, PUF. (in French).
- Castaldo, A. (2006) *Introduction historique au droit*. Paris, Dalloz. (in French).
- Chapus, R. (2001) *Droit administratif général*. Vol. 1. 15e éd. Paris, Montchrestien. (in French).
- Courbe, P. (2003) *Introduction générale au droit*. 8e éd. Paris: Dalloz. (in French).
- Cuniberti, G. (2007) *Grands systèmes de droit contemporains*. Paris, L.J.D.G. (in French).
- David, R. & Joffre-Spinozi, K. (1998) *The main legal systems of our time*. Moscow, International Relations Publ. (in Russian).
- Давид Р. Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1998. 400 с.
- David, R. & Jauffret-Spinozi C. (2002) *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Dell, J. (2001) *French Legal Cultures*. London, Butterworths.
- Dorokhin, S.V. (2006) *Division of the public and private law: constitutional and legal aspects*. Moscow, Volters Kluwer Publ. (in Russian).
- Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М.: Волтерс Клувер, 2006. 123 с.
- Durand, D., Chêne, C. & Leca, A. (2004) *Introduction historique au droit*. Paris, Montchrestien.
- Duvernois, N.L. (2004) *Readings on civil law*. Vol. 1. Introduction. Teaching about the face. Moscow, Zerkalo Publ. (in Russian).

- Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. Введение. Учение о лице. М.: Зерцало, 2004. 568 с.
- Fabre-Magnan, M. (2009) *Introduction générale au droit*. Cours et méthodologie. Paris, Dalloz. (in French).
- Georges, P. (1984) *Droit public*. 5e éd. Paris, Sirey. (in French).
- Gridel, J-P. (1994) *Introduction au droit et au droit français. Notions fondamentales. Méthodologie. Synthèses*. 2e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Halpérin, J.-L. (2019) *Introduction au droit en 10 thèmes*. 2e ed. Paris, Dalloz. (in French).
- Ilyin, I.A. (2003) *Theory of law and state*. Moscow, Zerkalo Publ. (in Russian).
- Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. 400 с.
- Jestaz, P. (2002) *Le droit*. 4 éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Khallâf, Abd Al-Wahhâb (1997) *Les fondements du droit musulman = Ilm ousouûl al-fiqh*. Traduit de l'arabe par Claude Dabbak, Asmaa Godin et Mehrezia Maiza; préfacé par Abdel-Magid Turki. Paris, Éditions Al Qalam. (in French).
- Korkunov, N. M. (2004) *Lectures on the general theory of law*. 2nd ed. St. Petersburg: Law Center Press Publ. (in Russian).
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 430 с.
- Krief-Verbaere, C. (2003) Recherches sur la notion d'ordre public en droit interne russe à l'aune du droit français (étude de droit privé sur l'ordre public en droit comparé français et russe). *Revue internationale de droit comparé*. 55 (1), 151—175. (in French).
- Labbée, X. (2005) *Introduction générale au droit: Pour une approche éthique*. Paris, Presses Universitaires du Septentrion. (in French).
- Lacoste-Mary, V. & Politis I. (2009) *Introduction au droit*. Paris, Ellipses. (in French).
- Lenin, V.I. (1970) *Complete collected works*. Ed. 5. Vol. 44. Moscow, Politizdat Publ. (in Russian).
- Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Изд. 5-е. Т. 44. М.: Политиздат, 1970. 726 с.
- Leveneur L. (1995) *Leçons de droit civil*. Vol. 1. 3e partie, 7e éd. La famille. Paris, Montchrestien. (in French).
- Litvinsky, D.V. (2005) *Recognition of the foreign judgements in civil cases (comparative legal analysis of French law, judicial practice and legal doctrine)*. Publishing House of St. Petersburg State University. (in Russian).
- Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2005. 952 с.
- Lovisi, C. (2003) *Introduction historique au droit*. 2e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Maillot, J.-M. (2006) *Institutions administratives*. Paris, Hachette. (in French).
- Mainguy, D. (2002) *Introduction générale au droit*. 3e éd. Paris, Litec. (in French).
- Malaurie, P. & Morvan, P. (2005) *Introduction au droit*. 2e éd. Paris, Defrénois. (in French).
- Malinvaud, P. (2006) *Introduction à l'étude du droit*. 11e éd. Paris, Litec. (in French).
- Maltsev, G.V. (2003) The problem of private and public law. *Sociology of power*. (3), 20—46. (in Russian).
- Мальцев Г.В. Проблема частного и публичного права // Социология власти. 2003. № 3. С. 20—46.
- Martin, J. (2001) *The English Legal System*. London, Hodder and Stoughton.
- Marx, K. & Engels, F. (1950) *German ideology*. Sobr. soch. In 50 vols. Vol. 7. Moscow, Publishing House of Political Literature. (in Russian).
- Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология // Собр. соч.: в 50 т. Т. 7. М.: Издательство политической литературы, 1950. 595 с.
- Miaille, M. (1982) *Une introduction critique au droit*. Paris, Maspero. (in French).
- Mikhailov, A.M. (2016) *Topical issues of the theory of legal ideology and methodology of jurisprudence*. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
- Михайлов А.М. Актуальные вопросы теории правовой идеологии и методологии юриспруденции. М.: Юрлитинформ, 2016. 464 с.

- Munagorri, R.E. (2006) *Introduction au droit*. Paris, Flammarion. (in French).
- Munagorri, R.E. (2019) *Introduction au droit*. 5e éd. Paris, Flammarion. (in French).
- Muromtsev, S.A. (2004) *Definition and basic division of law*. Saint Petersburg, Publishing House of Saint Petersburg State University. (in Russian).
- Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2004. 224 с.
- Pactet, P. & Mélin-Soucramanien, F. (2007) *Droit constitutionnel*. 26e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Pactet, P. (1991) *Institution politiques. Droit constitutionnel*. 10e éd. Paris, Masson. (in French).
- Perrot, R. (2020) *Institutions judiciaires*. 18e éd. Paris, LGDJ. (in French).
- Petit, B. (1992) *Introduction générale au droit*. 2e éd. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble. (in French).
- Petit, B. (2006) *Introduction générale au droit*. 6e éd. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble. (in French).
- Petrazhitzky, L.I. (2000) *Theory of law and state in connection with the theory of morality*. Saint Petersburg, Lan' Publ. (in Russian).
- Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 608 с.
- Pokrovsky, I. A. (1998) *The main problems of civil law*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
- Radbruch, G. (2004) *Philosophy of law*. Moscow, International relations Publ. (in Russian).
- Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
- Ricci, J.-C. (2002) *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd. Paris, Hachette supérieur. (in French).
- Roubier, P. (2005) *Théorie générale du droit: Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. Paris, Dalloz.
- Saidov, A. (2006) *Comparative law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М.: Норма, 2006. 368 с.
- Sandevoy, P. (1991) *Introduction au droit*. Paris, Dunod. (in French).
- Sandevoy, P. (1994) *Introduction to law*. Moscow, Intratec-R Publ. (in Russian).
- Сандевоуар П. Введение в право. М.: Интратэк-Р, 1994. 324 с.
- Schacht, J. (1982) *An Introduction to Islamic Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Semitko, A.P. (2017) Russian legal culture and features of its modernization: on the centenary of the October coup d'état in Russia. *Bulletin of the Liberal Arts University*. 4 (19), 32—72.
- Семитко А.П. Российская правовая культура и особенности ее модернизации: к столетию Октябрьского государственного переворота в России // Вестник Гуманитарного университета, 2017. № 4 (19). С. 32—72.
- Sériaux, A. (1997) *Le Droit: Une introduction*. Paris, Ellipses. (in French).
- Shapp, J. (2006) *The system of German civil law*. Moscow, International relations Publ. (in Russian).
- Шанн Я. Система германского гражданского права. М.: Международные отношения, 2006. 360 с.
- Shershenevich, G.F. (1995) *General theory of law*. In 2 vols. Vol. 2. Moscow, Law College of Moscow State University Publ. (in Russian).
- Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М.: Юридический колледж МГУ, 1995. 362 с.
- Slobozhaninov, O.K. (2020) Science of the encyclopaedia of law in the Russian Empire from the 19th century to 1917. *Genesis: historical studies*. 2020. (5), 122 —140.
- Слобожанинов О.К. Наука энциклопедии права в Российской империи в период с XIX века по 1917 г. // Genesis: исторические исследования. 2020. № 5. С. 122—140.
- Souriaux, J.-L. (1987) *Introduction au droit*. Paris, PUF. (in French).
- Steiner, E. (2002) *French Legal Method*. Oxford, Oxford University Press.
- Sukhanov, E.A. (ed.) (2008) *Civil law*. General part: Textbook. In 4 vols. Vol. 1. 3rd ed. Moscow, Volters Cluver Publ. (in Russian).
- Гражданское право. Общая часть: учебник: в 4 т. Т. 1. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2008. 369 с.

- Taormina, G. (2005) *Introduction à l'étude du droit*. Aix-en-Provence. (in French).
- Taranovsky, F.V. (2001) *Encyclopaedia of Law*. Moscow, Lan' Publ. (in Russian).
- Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. М.: Лань, 2001. 560 с.
- Tcherepakhin, B.B. (1994) *To the question of private and public law*. Moscow, Dejure Publ. (in Russian).
- Черепакхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. М.: Де-юре, 1994. 35 с.
- Thireau, J.-L. (2003) *Introduction historique au droit*. 2e éd. Paris, Flammarion. (in French).
- Trubetskoy, E.N. (1999) *Encyclopaedia of Law*. Moscow, Lan' Publ. (in Russian).
- Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М.: Лань 1999. 224 с.
- Türk, P. (2009) *Théorie générale du droit constitutionnel*. 2e éd. Paris, Gualino. (in French).
- Vecchio, G. (2004) *Philosophie du droit*. Préface par Georges Ripert. Paris, Dalloz. (in French).
- Verbar, K. (2002) The concept of public policy in the domestic law of Russia and France. *Bulletin of the Liberal Arts University. Law*. 1 (3), 4—22 (in Russian).
- Вербар К. Понятие публичного порядка во внутреннем праве России и Франции // Вестник Гуманитарного университета. Серия: Право. 2002. № 1 (3). С. 4—22.
- Villey, M. (1975) *Philosophie du droit. Définition et fins du droit*. Paris, Dalloz. (in French).
- Vladimirsky-Budanov, M.F. (1907) *Overview of the history of Russian law*. Kiev, Kushnerev and Co. Publ. (in Russian).
- Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Киев: Лито-типография Товарищества И.Н. Кушнерев и Ко, 1907. 710 с.
- Vlasova, M.V. (2007) *Ownership in Russia: emergence, legal content, development paths*. 2nd ed. Moscow, EKSMO Publ. (in Russian).
- Власова М.В. Право собственности в России: возникновение, юридическое содержание, пути развития. 2-е изд. М.: ЭКСМО, 2007. 192 с.
- Weiss, B.J. (2008) *The spirit of Muslim law*. Saint Petersburg, Dilya Publ. (in Russian).
- Вайсс Б.Дж. Дух мусульманского права. СПб.: Диля, 2008. 313 с.
- Yarkov, V.V. (2020) Public Policy in the International Civil Process in Russia: Current State. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 420. P. 246—250.
- Zipursky, B.C. (2004) *Philosophy of Private Law*. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Edited by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. Oxford, Oxford University Press. pp. 623—655.
- Zoller, É. (2006) *Introduction au droit public*. Paris, Dalloz. (in French).

Об авторе:

Семитко Алексей Павлович — доктор юридических наук, старший научный сотрудник РАН, профессор и зав. кафедрой публичного права, декан юридического факультета, Гуманитарный университет, приглашенный профессор университета Париж Нантерр (Франция), Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, лауреат премии имени Сергея Сергеевича Алексеева «За заслуги в юриспруденции» (2021 г.); Российская Федерация, 620041, г. Екатеринбург, ул. Железнодорожников, д. 3

ORCID ID: 0000-0003-4425-3053; SPIN-код: 5866-9944

e-mail: asemitko@mail.ru

About the author:

Alexey P. Semitko — Doctor of Legal sciences, Senior Resercher of the Russian Academy of Sciences, Full Professor and Head of the Department of Public Law, Dean of the Faculty of Law, Liberal Arts University; Visiting Professor of the University of Paris Nanterre (France); Honorary Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation; Laureate of Sergey Sergeyeovich Alekseev Prize “For Merit in Jurisprudence” (2021); 3 Zheleznodorozhnikov, Yekaterinburg, 620041, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-4425-3053; SPIN-code: 5866-9944

e-mail: asemitko@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-586-601

Research Article

Legal aspects of environmental safety in the field of medical waste management in the context of the pandemic

Nadezhda A. Alekseeva  

Russian State University of Justice,
Moscow, Russian Federation
 knadege@yandex.ru

Abstract. Medical waste management has always been relevant from a practical point of view, but as a result of the pandemic declared in 2020, this topic has multiplied, leading to significant changes in the legal regulation of medical waste. The realization that re-contamination from medical covid-waste is possible led to the obligation to install disinfectants in medical and pharmacological organizations. The division of medical waste into classes predetermined the assignment of medical covid-waste to class “B”, and after disinfection — to “A”-class, that are possible to transport and dispose after disinfection. However, there is a huge amount of covid-waste outside medical and pharmacological organizations, which is, clearly, are not medical. When mixed with solid household waste and garbage that does not require a transport licence, it increases the likelihood of re-infection of those who handle such waste. The object of the work is to explore these topics and to raise the issue of separation of the accumulation and disposal of non-medical covid-waste in legal regulation, as well as the ways to implement them. Related to this is the issue of environmental pollution in the context of the pandemic, because non-medical covid-waste has increased the amount of plastic that pollutes the environment.

Key words: Medical waste, waste classes, medical waste management, non-medical waste, covid-waste, covid-waste disposal, covid-waste in the environment

Conflict of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 31st May 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Alekseeva, N.A. (2021) Legal aspects of environmental safety in the field of medical waste management in the context of the pandemic. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 586—601. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-586-601

© Alekseeva N.A., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Правовые аспекты экологической безопасности в области обращения с медицинскими отходами в условиях пандемии

Н.А. Алексеева  

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация
knadege@yandex.ru

Аннотация. Вопросы утилизации медицинских отходов являлись всегда актуальными с практической точки зрения, но в результате пандемии, объявленной в 2020 г., актуальность темы возросла в разы, что привело к значительным изменениям правового регулирования в области медицинских отходов. Понимание того, что от медицинских ковид-отходов возможно повторное заражение, привело к обязанности по внедрению в медицинские и фармакологические учреждения дезинфицирующих установок. Деление медицинских отходов на классы предопределило отнесение ковид-отходов к классу «В», а после дезинфекции — к «А» — классу, возможному к перевозке и утилизации после дезинфекции. Вместе с тем существует огромное количество ковид-отходов, образующихся вне медицинских и фармакологических учреждений, явно не являющиеся медицинскими. Смешиваясь с твердыми бытовыми отходами, для осуществления услуг, по транспортировке которых нет необходимости получения лицензии, они увеличивают вероятность повторного инфицирования лиц, работающих с такими отходами. В работе поставлена задача исследовать указанные темы и разрешить такой вопрос, как необходимость отдельного правового регулирования накопления и утилизации немедицинских ковид-отходов, а также реальные пути их осуществления. Попутно затронуты вопросы загрязнения окружающей среды в связи с пандемией, поскольку немедицинские ковид-отходы повысили количество пластика, загрязняющего окружающую среду.

Ключевые слова. Медицинские отходы, классы отходов, утилизация медицинских отходов, немедицинские отходы, ковид-отходы, утилизация ковид-отходов, ковид-отходы в окружающей среде

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 31 мая 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2021 г.

Для цитирования:

Alekseeva N.A. Legal aspects of environmental safety in the field of medical waste management in the context of the pandemic // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 586—601. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-586-601

Introduction

The first official COVID-19 outbreak in Wuhan, China, was reported by the World Health Organization¹ (here and further — WHO) on 31 December 2019. By January 3, 2020, 44 cases of the new virus had already been identified. On January 22,

¹ Wuhan Municipal Health Commission briefing on the pneumonia epidemic situation. 31 December 2019 (in Mandarin). Available at: <http://wjw.wuhan.gov.cn/front/web/showDetail/2019123108989> [Accessed 13rd April 2021].

2020, Wuhan Province was closed to quarantine. On 30 January 2020, the World Health Organization recognized an epidemic that was caused by a “public health emergency of international significance” in connection with the spread of the virus. On March 30, 2020, Russia closed its borders. Both this information and evolution of the situation are well known². A new coronavirus infection caused by SARS-CoV-2 is included in the list of diseases that pose danger to others by the Decree of the Government of the Russian Federation³. Today, the number of daily illnesses worldwide, while declining, is significant. Despite the negative picture of coronavirus, scientists have noted some trends in the impact of quarantine measures on the environment: on the one hand, there are positive trends in the reduction of emissions and discharges, This is due to a decline in economic and industrial activity in 2020, and to an increase in the number of wastes associated with coronavirus infection.

There are some studies that address the legal management of medical waste, but they do not give the comprehensive picture of the issue. There are just a few works devoted to covid-waste, however, the topic demands additional coverage especially on non-medical covid-waste.

Comparative analysis and synthesis are basic to identify legislative regulation and to determine whether it can be applied to issues that are not directly related to medical waste.

The purpose of the study is to investigate legal regulation of covid-waste and to identify the need for its licensing. Environmental safety issues are related to the non-medical treatment of covid-waste generated outside medical and pharmacological institutions; potentially, they are prone to subsequent contamination due to mixing with solid household waste and garbage so the environmental protection issues related to the release of personal protective equipment into solid household waste are highly relative.

The purpose can be reached through studying the issues concerning medical waste and licensing selected activities related to it. Also, in the focus is the question of whether covid-waste is classified as medical and is it subject to legal regulation when mixing with solid household waste.

Legal Regulation of Medical Waste

The topic of medical waste management is relevant in the field of legal regulation, as it includes collection, storage, transport, treatment, recycling, decontamination and disposal, what legislation calls “handling”. Researchers in this field are A.Yu. Orlov, M.V. Ponomarev, O.V. Mironenko, I.V. Mokrousov and V.V. Perelygin, N.A. Sklyarova, S.G. Paramonov, T.A. Pyatizbyantsev (Orlov, 2010:170; Ponomarev, 2019:352—358; Ponomarev & Mironenko, 2004:431; Mokrousov, 2006:177; Perelygin, Sklyarova, Paramonov & Pyatizbyantsev,

² Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Available at: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) [Accessed 3rd March 2021].

³ Decree of the Government of the Russian Federation No. 66 of 31.01.2020 On Amendments to the List of Diseases that Pose Danger to Others”. Consultant Plus Legal System.

2019:78—83; Cherevchina, 2012; Zudinova, 2017; Polyandinov & Cherevchina, 2011). Thus, the topic under consideration is more or less sufficiently explored. However, in the context of the present epidemiological situation, when appearance of a new coronavirus infection 2019-nCoV or COVID-19 (hereinafter — a corona virus)⁴ has been confirmed and WHO⁵ has declared the pandemic⁶, when the numbers of those infected and those who died are extremely high, new aspects came to the forefront and need to be investigated and clarified.

It seems that medical waste management activities should fully comply with the fundamental principles of health care in Russia, including the “priority of the patient’s interests in providing medical care” envisaged by the Federal Law On Fundamentals of Health Protection of Citizens⁶. After adoption of this law, the concept of medical waste has been expanded to include medical, pharmaceutical and biological waste. However, the question of whether to include all types of waste generated by medical or pharmaceutical organizations in the course of their activities into the category of medical waste is not yet resolved. Unresolved is also the question whether they are subject to provisions of Art. 49 Par. 1 of the Law or they are subject to medical waste (due to the provisions of the Letter of the Rosnatural Survey A-03-04-36/6554 of 22.04.2015⁷, which bears recommendatory character). These issues complicate understanding of the matter in spite of the position of the Supreme Court of the Russian Federation⁸.

By virtue of Art. 2 Par. 2 of the Federal Law Federal Law On Production and Consumption Waste⁹ relations in the field of handling medical wastes are regulated by the legislation of the Russian Federation. However, one of the current problems in this area is that there is no special law regulating the disposal of medical waste in the Russian Federation, and it is necessary to refer to general legislation on waste management (Art. 2, Par. 1). The specific legal regulation has been abandoned in practice with various by-laws regulations.

Modern Russian legislation contains the concept of medical waste. According to Art. 49 Par. 1 Law 323 medical wastes are “all types of anatomical, biochemical, microbiological and physiological waste, generated in the course of medical and pharmaceutical activities concerning production of medicines and medical products, use of infectious pathogens and genetically engineered organisms for medical purposes, as well as production and storage of biomedical cells products”. Although covid-waste is clearly a source of infectious disease pathogens it is not covered by law as medical waste (as activities exempting from medical waste management, according to this article).

⁴ Coronavirus. Chronicle of distribution. Available at: <https://rg.ru/2020/03/03/koronavirus-hronika-rasprostraneniia.html> [Accessed 15th April 2021].

⁵ TASS Russian news agency. Available at: <https://tass.ru/info/7952651> [Accessed 3rd March 2021].

⁶ WHO declares a pandemic of the new coronavirus. Available at: <https://www.bbc.com/russian/news-51842591> [Accessed 3rd March 2021].

⁶ Art. 4 of the Federal Law No. 323 of November 21, 2011 On Fundamentals of Health Protection of Citizens. Consultant Plus Legal System.

⁷ Letter of Rosprirodnadzor (the Federal Service for Supervision of Natural Resources Management) No. AA-03-04-36/6554 dated 22.04.2015 On Clarifications. Consultant Plus Legal System.

⁸ Determination of the Supreme Court of the Russian Federation No. 306-KG 16-3171 of 27.04.2016 in case No. A55-12937/2015. Consultant Plus Legal System.

⁹ Federal Law No. 89 of June 24, 1998 On Production and Consumption Waste. Consultant Plus Legal System.

However, on the basis of the legal status of all wastes and in the absence of specific legislation on the issue of medical wastes, they are subject to civil law and property rights. But this does not correspond to the concept of a public danger of medical waste (Ponomarev & Tsomartova, 2019:145—158). Taking into consideration the possibility of harm to human health and the environment (Chartier, Emmanuel & Pieper (eds.), 2014), the status of medical waste is subject to clarification. Moreover, there is a need to review the legislative approach to transportation and disposal of medical waste by defining *contract* as a service related to a non-material good belonging to the sphere of ownership, and connect it with a high-risk medical waste (especially in its management (Pogodina & Baranova, 2018:33—37.).

Medical waste is differentiated in accordance with Art. 49 par. 2. of the mentioned Law¹⁰ into epidemiological, toxicological and radiological hazards; their adverse impact on the environment rests on the criteria established by the Decree of the Government of the Russian Federation¹¹ and falls into the following classes: epidemiologically safe waste — class “A” is similar in composition to solid household waste; epidemiologically hazardous waste — class “B”; extremely epidemiologically dangerous waste — class “C”; toxicological hazardous waste is similar in composition to industrial waste — class “D”; and radioactive waste — class “E”.

The disposal of the waste in question is regulated by the Decision of the Chief Medical Officer of the Russian Federation¹²; in accordance with paragraph 1.3 its regulation is extended to legal persons and individuals and to all activities concerning the medical waste management. Thus, the Decree regulates both the activities of medical institutions and the partners to such institutions that have concluded contracts for the disposal of medical waste (in this respect the reference to citizens is at least odd). According to the Decree of the Government of the Russian Federation, waste management activities are divided into regulated phases, subject to mandatory medical examination and vaccination.

Medical covid-waste

Due to the current epidemiological situation in the Russian Federation and the lack of appropriate regulation, the Ministry of Health of the Russian Federation adopted the following clarifications¹³ for a rapid response: “On the procedure for handling medical waste in connection with the spread of coronavirus infection, the Ministry of Health of Russia has transferred the resulting COVID-19 waste to medical waste class “C”, extremely dangerous. Before adopting the explanation, these wastes could be

¹⁰ Federal Law No. 323 of 21.11.2011 On the Fundamentals of Health Protection of Citizens in the Russian Federation. Consultant Plus Legal System.

¹¹ Decree of the Government of the Russian Federation No. 681 of 04.07.2012 On Approval of Criteria for the Division of Medical Waste into Classes According to the Degree of their Epidemiological, Toxicological, Radiation Hazard, as Well as Negative Impact on the Environment. Consultant Plus Legal System.

¹² Decision of the Chief Medical Officer of the Russian Federation No. 163 of December 9, 2010 On Approval of Health Standards and Regulations 2.1.7.2790-10 Sanitary and Epidemiological Requirements for Treatment of Medical Waste. Consultant Plus Legal System.

¹³ The Ministry of Health of the Russian Federation On the Procedure for Handling Medical Waste in Connection with the Spread of Coronavirus Infection. Available at: <https://www.rosminzdrav.ru> [Accessed 3rd March 2021].

attributed by the persons responsible for their disposal to “B”-class waste and even to “A”-class waste with appropriate recycling procedure”.

Studies of the time of SARS-CoV-2 conservation on contaminated surfaces have not given an accurate answer about the time of possible infection. In fact, the information is rather confusing: “SARS-CoV-2 conservation in the air under favourable conditions lasts three hours, on plastic surfaces — up to three days; it takes 6—7 days to completely destroy the virions on glass; on metal surfaces the activity of virions lasts two days; RNA is destroyed after six days on paper and on money — after four — five hours¹⁴. Considering personal protective equipment, virus time conservation on rubber medical gloves is from 8 to 20 hours”. The contact with a possible carrier surface also involves a protective mask, where the virus can be active for up to a week¹⁵.

Thus, the time factor, as well as the forms of propagation and resulting consequences, give all reasons to classify it into the “C”-class. However, the studies on possible mutations of the virus¹⁶ raise the issue of classifying the covid-waste yet to another level.

Due to the epidemiological situation, the Ministry of Health of the Russian Federation explained the sanitary and epidemiological requirements for class “C” medical waste that generates as a result of medical treatment of coronavirus infection (COVID-19) (sanitary norms and rules 2.1.3684-21, instead of 2.1.7.2790-10)¹⁷. They specify the manner of collection, methods and techniques of decontamination, temporary storage and transportation of wastes of the appropriate class.

According to the Decision of the Chief State Sanitary Physician of the Russian Federation of May, 22, 2020 On the Approval of Sanitary and Epidemiological Rules 3.1.3597-20 “Prevention of new coronavirus infection (COVID-19)”, coronavirus infection (COVID-19) is new, relates to acute respiratory disease caused by the new coronavirus (SARS-CoV-2), assigned to group II pathogenicity. The tests designed for COVID-19, as well as other wastes after medical manipulation with coronavirus infection (such as masks and gloves) also refer to medical waste class “C”; for example, COVID testing uses a sample of biological fluid from patient’s nose or sputum from patient’s respiratory tract, as well as laboratory reagents. Other staff also have a good chance of contacting virus particles; all these are regulated by mentioned

¹⁴ COVID-19: Challenge the Innovation Community. Available at: <https://sk.ru/news/covid19-vyzov-innovacionnomu-soobschestvu/> [Accessed 3rd March 2021].

¹⁵ New Coronavirus Stable for Hours on Surfaces. Available at: <https://www.niaid.nih.gov/news-events/new-coronavirus-stable-hours-surfaces> [Accessed 3rd March 2021].

¹⁶ Virologist assesses the danger of coronavirus mutations. Available at: <https://rg.ru/2021/01/16/virolog-ocenil-opasnost-mutacij-koronavirusa.html> [Accessed 3rd March 2021]; Rospotrebnadzor discovered almost 1.5 thousand coronavirus mutations in Russia. Available at: <https://rg.ru/2021/01/15/rospotrebnadzor-obnaruzhil-pochti-15-tysiachi-mutacij-koronavirusa-v-rossii.html> [Accessed 3rd March 2021].

¹⁷ Decision of the Chief State Sanitary Physician of the Russian Federation No. 3 of 28.01.2021 On Approval of Sanitary Rules and Norms of SanPiN 2.1.3684-21 Sanitary and Epidemiological Requirements for Maintenance of Urban and Rural Settlements, Water Bodies, Drinking Water and Drinking Water Supply, Atmospheric Air, Soils, Residential Premises, Operation of Industrial and Public Premises, Organization and Conduct of Sanitary and Anti-epidemic (Preventive) Measures (Sanitary Rules and Regulations 2.1.3684-21») // Available at: <http://pravo.gov.ru>. [Accessed 3rd March 2021].

SanPiN. Medical waste disposal after laboratory tests is subject to special requirements if coronavirus is suspected¹⁹.

The legal regulation of medical waste class “B” is also available in the adopted Temporary Methodological Recommendations “Prevention, Diagnosis and Treatment of a New Coronavirus Infection (COVID-19)”¹⁸. According to it the wastes generated in cow barns and being extremely epidemiologically dangerous, are decontaminated (disinfected) or rendered harmless by thermal, microwave, radiation or other physical methods. Developed in 2021 Temporary Methodological Recommendations “Prophylaxis, Diagnosis and Treatment of New Coronavirus Infection (COVID-19)” envisage similar measures considering the specific mutation of the virus. However, recommendations to medical organizations on installing equipment to apply such techniques¹⁹ do not contain any binding rules or penalties for absence of such policy at the time of the present study. After decontamination, covid-waste can be accumulated, temporarily stored, transported, destroyed and buried together with “A”-class waste. Therefore, it is not necessary to obtain a license for such activity. However, in the paragraphs below we will consider the cases of covid-waste from non-medical institutions which leaves the question of whether this type of activity should be licensed open.

In addition to legal regulations, there is a number of medical books, describing methods of disinfection (Makagonov, 2020). For example, with the support of Chinese scientists G.A. Makagonov has published Step-by-step Guide on Prevention and Treatment of a New Coronavirus Infection COVID-19, which is a lecture for doctors describing regulation of medical waste disposal. The issue is also addressed in published handbooks, such as the Environmental Handbook, which explains the obstacles to a modern, safe, high-technology waste management system.

Several disinfection technologies are based on WHO recommendations²⁰; in accordance with them, disinfected medical waste can generally be disposed of together with household waste and rubbish at a landfill or discharged in liquid form into a sewer.

Let us look through the environmental issues related to the pandemic. The purity of ambient air during the lock-down period became better²¹. According to the Finnish Energy and Clean Air Research Centre Carbon Brief, CO emissions in China have decreased by 25 % since the end of January²². According to NASA satellite data,

¹⁸ Temporary guidelines of Ministry of Health of Russia of 1.10.2020 Prevention, Diagnosis and Treatment of New Coronavirus Infection (COVID-19). Available at: <https://minzdrav.gov.ru> [Accessed 1st April 2021].

¹⁹ Temporary Guidelines of Ministry of Health of Russia of 08.02.2021 Prevention, Diagnosis and Treatment of New Coronavirus Infection (COVID-19), Application of Methods of Amplification of Nucleic Acids, Instructions for Diagnosis of COVID-19 with the Use of Immunochemical Methods, Recommended Treatment Regimens in Outpatient Settings, Recommended Treatment Regimens in Hospital Settings, Recommended Drug Prevention Regimens COVID-19, Instructions for Compliance with Infectious Safety Measures for Field Emergency Medical Teams). Available at: <https://minzdrav.gov.ru>. Consultant Plus Legal System.

²⁰ Rules and methods for the disposal of medical waste in the Russian Federation. Reference. Available at: <https://ria.ru/20100611/245052738.html> [Accessed 01st April 2021].

²¹ Ministry of Ecology: against the background of the coronavirus pandemic, the air in the Moscow region has become cleaner. Available at: <https://mep.mosreg.ru/sobytiya/novosti-ministerstva/07-04-2020-08-24-25-minekologii-na-fone-pandemii-koronavirusa-vozdukh> [Accessed 3rd March 2021].

²² Analysis: Coronavirus Temporarily Reduced China’s CO2 Emissions by a Quarter. Available at: <https://www.carbonbrief.org/analysis-coronavirus-has-temporarily-reduced-chinas-co2-emissions-by-a-quarter> [Accessed 3rd March 2021].

nitrogen dioxide (NO) and carbon monoxide (CO) emissions have decreased, and fine particulate air pollution has decreased by 20—30% from typical levels²³. Meanwhile, emissions to the ambient air from exhaust emissions decreased due to reduced traffic at the time of the pandemic.

According to the Intergovernmental Panel on Climate Change, global emissions must be reduced by 7.6 per cent every year in the current decade, amounting to 2,800 million tons of CO₂ per year; only then there will be a chance of limiting global warming. But within the context of climate change, a slow decline in emission intensity in general does not seem to make such a progress and a significant leap in overall performance will be seen if the full resumption of activities takes place.

Overall, coronavirus has had a negative impact on the environment. According to the American Waste Dive magazine²⁴ many enterprises in the US have stopped recycling, and some regions have stopped sorting waste.

Chinese newspaper China Daily²⁵ published an article according to which Wuhan produced 200 tons of medical waste every day, up from 50 tons. The amount of incinerated waste has increased since this method of neutralizing waste of the considered hazard class is more often used.

In the Russian Federation, even before the start of pandemic, “about 1 million tons of medical waste was produced... in health care organizations of the city of Moscow in the period from 2007 to 2016; it increased more than by 20 % in terms of epidemiologically significant waste” (Pogodina & Baranova, 2018:33—37).

The result of the quarantine imposed at the time of the pandemic, according to the United Nations, became “a huge contamination of the planet with plastic”²⁶.

The study should highlight another issue of practical importance — the licensing of a medical waste management, “C”-class waste. According to the licensing legislation of the Russian Federation, a lot of activities and types of work or services can be performed only with the license. As established in Par. 4.29 and 4.31 of the Sanitary Regulations, only the export of waste for decontamination or recycling of “D” and “E”-class waste is subject to licensing. The licensing activities for “A”, “B” and “C” — classes waste is not stipulated by the Sanitary Regulations or the Federal Law “On Licensing of Individual Activities”, so it is not an activity subject to compulsory licensing.

Thus, a wide range of economic entities that meet the requirements of the Sanitary Regulations for the collection of medical waste are entitled to activities in the field of medical waste generated by coronavirus infection. The medical waste market is competitive, it is necessary to understand that the large number of persons are entitled

²³ Airborne Nitrogen Dioxide Plummetts Over China. Available at: <https://earthobservatory.nasa.gov/images/146362/airborne-nitrogen-dioxide-plummetts-over-china> [Accessed 1st April 2021].

²⁴ Municipalities Suspend Recycling due to Coronavirus Impact on Prison Labor, Broader Safety Concerns. Available at: <https://www.wastedive.com/news/recycling-mrfs-prison-labor-suspensions-coronavirus-covid-19/574301/> [Accessed 3rd March 2021].

²⁵ Medical waste disposal capacity rises. Available at: <https://www.chinadaily.com.cn/a/202003/11/WS5e681df5a31012821727df81.html> [Accessed 3rd March 2021].

²⁶ Piles of disposable masks, gloves and packaging materials — how the COVID-19 pandemic has turned to the environment. Available at: <https://news.un.org/ru/story/2020/07/1382841> [Accessed 3rd March 2021].

to engage in this activity. Meanwhile, in accordance with the explanations given in the Letter of the Federal Service for Environmental Management Supervision²⁷ (hereinafter — Rosprirodnadzor), since medical waste of classes “B” and “C” is subject to disinfection, after which it can be classified as waste formed in the production process for decontamination of medical and biological waste and regulated by the Federal Law On Production and Consumption Waste²⁸.

By virtue of provisions of Art. 24.7 Par. 1 Law No. 89 provides the right of regional operators to enter into service contracts with the owners of any type of waste. The regional operator is thus entitled to deal with multiple waste types. There are no requirements for transportation (or separation) of wastes of different hazard classes and there is a clear risk of abuse when medical Class “C” waste and covid-waste are transported together with solid household and garbage even after recovery. Therefore, they must not be disposed this way, which could eliminate the possibility of exposure and re-contamination.

However, considering the spread of a new type of infection COVID-19 and the fact that this virus is not fully studied and there are no guarantees of its destruction with the applied methods of disinfection of class “C” waste, it is better to assign this medical waste to the particularly hazardous I-IV-waste category. Such activities as collection, transportation, treatment, disposal, neutralization, and placement are licensing-compulsory in accordance with the Federal Law On Licensing of Individual Activities²⁹. Organizations engaged in collecting, transporting and disposing of data on waste should submit additional requirements. This action would be better carried out at least until the nature of the new virus is fully understood and its viability is evaluated under conditions of applied disinfection of class “C” waste. Licensing of this activity, however, could reduce the next (expected virus mutation) outbreak.

There are legislative initiatives requiring licensing of enterprises who will engage in activities with such waste³⁰ (it is currently unlicensed with the support from Federal Service for Supervision of Consumer Rights Protection and Human Welfare, hereinafter — Rospotrebnadzor)³¹. A proposal for additional requirements for regional operators (to deal with export and accumulation contracts, tariffs and export regulations) has been partially implemented. The simplified electronic licensing has been provided for.

Currently there are only two enterprises in Russia that are capable of processing epidemiologically dangerous medical waste; they are technologically intensive and environmentally friendly. Center of 100 Rostov-on-Don company has received

²⁷ Letter of Rosprirodnadzor (the Federal Service for Supervision of Natural Resources Management) N0. AA-10-04-32/26588 dated 04.12.2017 On clarifications. Consultant Plus Legal System.

²⁸ Federal Law No. 89 of June 24, 1998 On Production and Consumption Waste. Consultant Plus Legal System.

²⁹ Federal Law No. 99 of 04.05.2011 On Licensing of Individual Activities. Consultant Plus Legal System.

³⁰ Official website of the government of the Moscow region. Available at: <https://mosreg.ru/sobytiya/novosti/organy/gubernator/andrei-vorobev-vystupil-s-ezhegodnym-obrasheniem-k-zhitelyam-moskovskoi-oblasti> [Accessed 3rd March 2021].

³¹ Do I need a license to collect and remove medical waste: Rospotrebnadzor comments. Available at: <https://medservise24.ru/blog/zakonadatelstvo-i-medotkhody/nuzhna-li-litsenziya-na-sbor-i-vyvoz-meditsinskikh-otkhodov-komentarii-rospotrebnadzora/> [Accessed 12th April 2021].

permission for the disposal of medical class “C” waste in Rostov region³². At the same time, the priority area of its activity is the disposal of waste specifically related to coronavirus epidemiologically hazardous waste (single-use suits, masks, napkins, tools used in contact with infected persons). The covid-waste will be removed from the premises of the institutions for subsequent recycling at the plant only after mandatory chemical disinfection with modern solutions. Last year this specialized centre processed 530 tons of medical waste³³. At the same time, it may be necessary to legislate for higher requirements for the organizations dealing with medical waste management of the “C” class. But in practice we witness derogation rather than tightening of requirements.

The second enterprise that recycles the covid-waste is “PT-Invest”; it is currently constructing two new plants on the territory of waste processing complexes using pyrolysis or pyrolysis incineration technologies³⁴. Meanwhile, the waste is decomposed into molecules (to gases) when burning, and the received gas is burned for the second time to generate energy. The planned recycle amount is 45—50 thousand tons of medical waste per year with generating electricity effect of 3—5 MW³⁵. However, environmental protection is clearly at stake. And within the ongoing reform of solid household waste management, it has clearly been extended to include medical waste.

In early April 2020, the Prime Minister was requested to establish a centralized State information system for accounting, monitoring the collection and disposal of medical and biological waste. This proposal would make it possible to record, monitor and supervise handling of bulk waste (Vlasenko & Shirobokov, 2021:601—620). However, there is no legal requirement to collect covid-waste separately from other medical class “C” waste, which will not allow to get correct information from such accounting system.

“One hundred thousand tons of waste are formed from more than four thousand medical institutions in Moscow every year and considering export from Moscow it increases up to 300 thousand tons per year”³⁶.

Another initiative related to covid-waste was to keep records of the places where such waste was stored or disposed of during the epidemic, with the introduction of territorial schemes and entrusting implementation to the Russian Environmental Operator of Veterinary Services³⁷. But such an initiative is unlikely to be realized due to some separation of the two services and specificity of the profile of veterinary

³² The plant near Rostov received a permit for the disposal of waste associated with COVID-19. Available at: <https://don24.ru/rubric/ekonomika/zavod-pod-rostovom-poluchil-razreshenie-na-utilizaciyu-othodov-svyazannyh-s-covid-19.html> [Accessed 3rd March 2021].

³³ The plant near Rostov received a permit for the disposal of waste associated with COVID-19. Available at: <https://don24.ru/rubric/ekonomika/zavod-pod-rostovom-poluchil-razreshenie-na-utilizaciyu-othodov-svyazannyh-s-covid-19.html> [Accessed 3rd March 2021].

³⁴ The head of RT-Invest — RBC: “The garbage business is absolutely not rich”. Available at: <https://www.rbc.ru/business/10/02/2020/5e3099c29a7947f06ebb191b> [Accessed 3rd April 2021].

³⁵ The head of RT-Invest — RBC: “The garbage business is absolutely not rich”. Available at: <https://www.rbc.ru/business/10/02/2020/5e3099c29a7947f06ebb191b> [Accessed 3rd April 2021].

³⁶ Vorobiev proposed to create a system for the removal of medical waste during an epidemic. Available at: <https://www.rbc.ru/business/14/04/2020/5e949a2d9a7947cbfef64bd8> [Accessed 3rd March 2021].

³⁷ Vorobiev proposed to create a system for the removal of medical waste during an epidemic. Available at: <https://www.rbc.ru/business/14/04/2020/5e949a2d9a7947cbfef64bd8> [Accessed 3rd March 2021].

services. Similarly, another proposal to create a regional operator, specializing only in collecting of medical and biological waste is difficult to implement in practice³⁸. It will require separation of medical waste, which is difficult in practice; besides collection of this type of waste in the non-medical sector may be out of control.

These concerns are not exhaustive, as it will also be necessary to amend existing waste management legislation (Federal Law on Production Wastes and Consumption). Such changes will entail the issue of the need to introduce tariffs and regulations on accumulating and export of the type of waste in question, as well as changes to the investment infrastructure and introduction of Public-Private Partnership in this area before issuing licenses for handling such waste.

If there would be an operator that deals only with medical and specifically on covid-waste, it is possible that the price of its services will increase significantly due to the peculiarities of financing such activity as medical. Since financing of a regional operator will come from the budgets of the Russian Federation and local governments, this will also entail a financial interest in involving specific individuals and, likely, corruption in tendering and contracting.

Meanwhile, the initiative to introduce additional disinfection of medical class “C” waste and sewage in each medical organization with special equipment by trained personnel for onward transportation and recycling at the plant seems quite successful. It could minimize the risks to the environment and spread of the virus while transporting the waste (in the event that the pre-disinfection rules are violated, or the integrity of wastes packaging is compromised). In addition, if each medical organization has such waste disposal equipment, there is no need to store the waste, which, after disinfection, falls into category “A”. The implementation of these requirements in the framework of planned inspections is to be laid on Rosobodnadzor if there is no moratorium³⁹. A surprise inspection is possible in the case of mass disease within a single enterprise; also, sanctions may be imposed on the medical enterprise for violations. However, complying with the requirements of Sanitary Rules and Regulations 2.1.7.2790-10 may prevent such outbreaks.

Non-medical covid-waste

All of the above is relevant to the management of medical waste in medical institutions. However, in the context of the pandemic in 2020 other waste is also important; many citizens diagnose COVID-19 in non-state medical enterprises and laboratories, are treated in non-budgetary medical institutions, private hospitals, and receive treatment from COVID-19 at home. There are also latent patients who are unaware of a hidden disease and have not visited state medical institutions. They are

³⁸ Vorobiev proposed to create a system for the removal of medical waste during an epidemic. Available at: <https://www.rbc.ru/business/14/04/2020/5e949a2d9a7947cbfef64bd8> [Accessed 3rd March 2021].

³⁹ Decree of the Government of the Russian Federation No. 438 of 03.04.2020 On the Specifics of the Implementation in 2020 of State Control (Supervision), Municipal Control and on Amendments to Paragraph 7 of the Rules for Preparation by State Control (Supervision) Bodies and Municipal Control Bodies of Annual Plans for Scheduled Inspections of Legal Entities and Individual Entrepreneurs. Consultant Plus Legal System.

not included in the statistics of patients with COVID-19. To reduce the risk of infection, people are advised to wear masks and gloves⁴⁰.

In addition to residential buildings, covid-waste also occurs in public places. For example, educational institutions have containers with the inscription “for used masks and gloves”. But how are these wastes further disposed of? There is no obligation to take them to medical institutions for the disposal. Rospotrebnadzor has repeatedly explained that medical masks and gloves must be packed in a separate package and tightly closed, and only then discarded with household garbage⁴¹, provided that the package will not be damaged. However, there is clear understanding that not all waste is packaged in this way. Another question is whether this waste is properly disposed of.

Public service announcements strongly encourage you to change your mask more often. Disposed masks, gloves, etc. were in contact with the infected persons, so this waste is essentially covid-waste. If they are discarded in a garbage bin, they will be transported in a solid household waste and garbage container and then by conventional vehicles are removed to incinerators or landfills of solid household waste and garbage.

So, the materials that were in contact with the covid-patients are the covid-waste outside the medical enterprises. It is not the hospital waste that is of concern, but household refuse, which actually ends up as covid-waste from solid household waste. This can lead to contamination of other people (janitors, garbage collectors, workers at landfills, etc.). At the same time, being covid-waste, it is not classified as medical class “C” waste but is of the same danger as medical class “C” waste that is improperly disposed of.

At present the treatment of household waste (inherently infected but legally unrelated) is not regulated by law. Specific legislation is needed to regulate the collection, storage and disposal of COVID-19 medical waste at home. A special collection and disposal of such waste separate from ordinary household waste has to be provided. For example, covid-waste used by infected persons at home has to be collected in special containers. This waste has to be transported by specialized transport to the disposal and provide free access to telephones of organizations involved in that type of transporting and disposal, so that anyone can report about medical waste. People have to be informed about the rules for collection and disposal of medical waste from infected patients treated at home.

Such waste is not medical, although it is covid-waste. However, equating with medical waste would mean significant legal consequences in general. Proposals to extend the concept of medical waste by including other types generated outside such institutions have been voiced by scientists on several occasions (Borodina, 2014:92—95). In examining these legal implications, the following conclusions have been reached: in the event that non-medical covid-waste (not from medical facilities and enterprises) should be regulated further, rules governing collection, storage and

⁴⁰ Doctor: Wearing gloves and masks reduces the risk of mucosal infection. Available at: <https://rg.ru/2020/05/14/reg-cfo/vrach-noshenie-perchatok-i-masok-snizhaet-risk-zarazheniia-cherez-slizistye.html> [Accessed 3rd April 2021].

⁴¹ Information of Rospotrebnadzor of 10.02.2021 On the Disposal of Masks and Gloves at Home. Available at: <https://www.rospotrebnadzor.ru> [Accessed 3rd March 2021].

disposal of medical waste for COVID-19 treated at home should be adopted. In the event that household covid-waste is assimilated to medical class “C” waste, it is necessary to provide for separate collection of such waste, including separate from household solid waste and garbage, presumably in special containers distributed to infected persons at home (or to provide free access to such containers). Transportation of covid-waste should be organized to decontamination at the facilities to be installed in all medical establishments; actually, we speak about organized recycling centers. At the same time, telephones of such organizations must be available. There is also a need to inform population about the rules for collecting and disposing of medical waste from infected patients treated at home. Responsible management of medical waste in the context of the COVID-19 pandemic can help to eliminate new sources of infection and prevent the spread of infection, thus preventing healthy people from contaminating objects.

Legal regulation of issues related to managing medical waste, as well as optimizing the processes of disposal of such waste, is of great importance. We need to optimize the disposal of such waste without excessive transportation and recycling; the first step was taken when medical institutions were recommended to introduce decontamination plants for subsequent equating and assimilation of covid-waste to “A”- class waste.

The issue of establishing administrative liability of natural persons as opposed to legal persons (Gromova, 2014:1031-1038) for violation of regulations governing handling of such wastes is being disputed. Liability for such acts (omissions) is least probable because the covid-waste collection duties is almost impossible to control (although there is certain experience in imposing penalties — fines for not wearing face masks by individuals⁴²). The right option in our opinion is a massive social advertising and moral responsibility for mismanagement of such waste.

At the same time the issue of non-medical covid-waste has been considered by Rospotrebnadzor; in 2020 it recommended temporal suspension of waste sorting in order to avoid re-infecting⁴³. The number of people infected with COVID-19 rises daily; it can be concluded that the amount of medical waste associated with treatment of such patients has increased along with the amount of waste generated outside medical institutions.

The annual worldwide event Let’s Clear the Planet of Rubbish has become more relevant than ever, because according to Environmental Science & Technology Journal, every month 129 billion masks and 65 billion gloves are thrown out with solid household waste and rubbish⁴⁴. The figures reflect both environmental issues and potential for re-infection from covid-waste.

⁴² Non-contact disposal: how to recycle “covid” waste. Available at: <https://rostec.ru/news/beskontaktnaya-utilizatsiya-kak-pererabotayut-kovidnyy-musor/> [Accessed 13rd April 2021].

⁴³ Rospotrebnadzor recommended to suspend separate waste collection. Available at: <https://www.rbc.ru/society/08/05/2020/5eb51bab9a79477f314a8a4a> [Accessed 6th April 2021].

⁴⁴ Non-contact disposal: how to recycle “covid” waste. Available at: <https://rostec.ru/news/beskontaktnaya-utilizatsiya-kak-pererabotayut-kovidnyy-musor/> [Accessed 13rd April 2021].

Conclusion

The research studied the issues of attributing medical waste to the sphere of ownership and specifics of legal regulation of contracts dealing with this type of waste. The work has shown that medical waste being highly hazardous is regulated within the framework of business service. Detailed analysis of medical waste management has been carried out from different angles: legal, practical and organizational.

This topic has been in the focus as a result of the pandemic of 2020 and entailed significant changes in the legal regulation of medical waste. Realization that re-contamination through medical covid-waste is possible resulted in installing disinfectants in medical and pharmacological organizations. Division of medical waste into classes predetermined assignment of medical covid-waste to the class with stronger responsibility. New approach to covid-waste and options for its recycling, obligatory special facilities for disinfection of medical class “C” waste (including covid-waste) and its subsequent assimilation to “A”-class after appropriate decontamination in medical institutions — were the steps taken by the state in their fight with the pandemic.

Though the question concerning the nature of covid-waste and its classification has been raised, it has not got its full answer so far; so, in practice, some types of covid-waste are not recognized as medical. As a result, legislation does not require their appropriate processing such as disinfection. Being mixed with solid household waste it increases the likelihood of re-infection.

The study suggests equating personal protective tools that are not medical waste with medical waste (taking into account the specific nature of collecting and storage) in the context of a pandemic with the aim to reduce the amount of covid-waste in solid household refuse in accordance with the provisions of Art. 49 of the Federal Law On the Fundamentals of Health Protection of Citizens in the Russian Federation.

The work asserts that there is no regulation of collecting, stockpiling, transporting and disposing of covid-waste generated outside medical institution since it is not possible to regulate it as a moral and/or ethical matter. Despite the small lifetime of the virus on surfaces it may be the source of infecting people; this also refers to the issue of coronavirus resurgence, especially under conditions of mutation.

Another problem that was alerted is the fact that one does not need a transport license to remove solid household waste; legislation does not require such a license in spite of the presence in household waste non-medical covid-waste. This is the question that still seeks its solution. The work raises the issue of separating accumulation and disposal of non-medical covid-waste in legal regulation as well as the ways to implement it into practice. Concerning the environmental pollution in the context of the pandemic, the author is of the opinion that medical and non-medical covid-wastes have added to the amount of plastic that pollutes the environment. All the above problems are tied up into challenges that humanity faces as a result of coronavirus infection.

References / Список литературы

Borodina, I.M. (2014) Medical waste as an object of civil rights. *Bulletin of the Volgograd State University. Series 5. Jurisprudence*. 2 (23), 92—95. (in Russian).

- Бородина И.М. Медицинские отходы как объект гражданских прав // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5. Юриспруденция. 2014. № 2 (23). С. 92—95.
- Chartier, Y., Emmanuel, J. & Pieper, U. (eds.) et al. (2014) *Safe management of wastes from health-care activities*. World Health Organization. Available at: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85349/9789241548564_eng.pdf?sequence=1 [Accessed 13rd April 2021].
- Cherevchina, I.M. (2012) Civil liability in the field of medical waste management. *Science and education: economy and economics; entrepreneurship; law and administration*. 7 (26), 23—28. (in Russian).
- Черевчина И.М. Гражданско-правовая ответственность в области обращения с медицинскими отходами // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2012. № 7 (26). С. 23—28.
- Gromova, G.A. (2014) Some problems of legal regulation of medical waste management and bringing to administrative responsibility for violations in medical waste management. *Administrative and municipal law*. (10), 1031—1038. (in Russian).
- Громова Г.А. Некоторые проблемы правового регулирования обращения с медицинскими отходами и привлечения к административной ответственности за нарушения при обращении с медицинскими отходами // Административное и муниципальное право. 2014. № 10. С. 1031—1038.
- Mironenko, O.V. (2004) *Ecological and hygienic substantiation of the hospital waste management system*. Diss. ... Doc. Med. of sciences. Saint Petersburg. (in Russian).
- Мироненко О.В. Эколого-гигиеническое обоснование системы обращения с больничными отходами: дисс. ... д-ра мед. наук. СПб., 2004. 431 с.
- Mokrousov, I.V. (2006) Hygienic assessment of the nosocomial environment to justify preventive measures with disinfectants. Diss. ... Cand. Med. of sciences. Saint Petersburg. (in Russian).
- Мокроусов И.В. Гигиеническая оценка внутрибольничной среды для обоснования профилактических мероприятий средствами дезинфекции: дисс. ... канд. мед. наук. СПб., 2006. 177 с.
- Orlov, A.Yu. (2010) *Substantiation of the sanitary and chemical hazard of medical waste*. Diss. ... Cand. Med. of sciences. Moscow. (in Russian).
- Орлов А.Ю. Обоснование санитарно-химической опасности медицинских отходов: дисс. ... канд. мед. наук. М., 2010. 170 с.
- Perelygin, V.V., Sklyarova, N.A., Paramonov, S.G. & Pyatizbyantsev T.A. (2019) Approaches to a comprehensive solution to the problem of medical waste management. *Pharmacy Formulas*. 1 (1), 78—83. Doi 10.17816/phf18618. (in Russian).
- Перельгин В.В., Склярова Н.А., Парамонов С.Г., Пятизбыанцев Т.А. Подходы к комплексному решению проблемы обращения с медицинскими отходами // Формулы Фармации. 2019. Т. 1. № 1. С. 78—83. Doi 10.17816/phf18618.
- Pogodina, I.V. & Baranova, A.F. (2018) On the issue of medical waste management. *Medical law*. (4), 33—37. (in Russian).
- Погодина И.В., Баранова А.Ф. К вопросу об управлении медицинскими отходами // Медицинское право. 2018. № 4. С. 33—37.
- Polyanin, L.Ya. & Cherevchina, I.M. (2011) Sources of legal regulation of the handling of hazardous medical waste. *Gaps in Russian legislation*. (5), 120—123. (in Russian).
- Полянинов Л.Я., Черевчина И.М. Источники правового регулирования при обращении с опасными медицинскими отходами // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 5. С. 120—123.
- Ponomarev, M.V. (2019) Legal problems of application of administrative responsibility for offenses in the field of medical waste management. In: *Constitutional and legal foundations of responsibility in the field of ecology. Collection of materials of International scientific conferences*. pp. 352—358. (in Russian).

Пономарев М.В. Правовые проблемы применения административной ответственности за правонарушения в области обращения с медицинскими отходами // Конституционно-правовые основы ответственности в сфере экологии: сборник материалов Международных научных конференций. 2019. С. 352—358.

Ponomarev, M.V. & Tsomartova, F.V. (2019) Legal regime of medical waste. *Journal of Russian Law*. (9), 145—158. (in Russian).

Пономарев М.В., Цомартова Ф.В. Правовой режим отходов медицинской деятельности // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 145—158.

Vlasenko, V.N. & Shirobokov, A.S. (2021) Digitalization of state environmental management: Legal aspects. *RUDN Journal of Law*. 25(2), 601—619. Doi: 10.22363/2313-2337-2021-25-2-601-619

Zudinova, Ye.A. (2017) Epidemiological and organizational aspects of functioning of medical waste management system in the city of Moscow. Diss. ... Cand. Med. of sciences. Moscow. (in Russian).

Зудинова Е.А. Эпидемиологические и организационные аспекты функционирования системы обращения с медицинскими отходами в городе Москве: дисс. ... канд. мед. наук. М., 2017. 168 с.

About the author:

Алексеева Надежда Анатольевна — кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой земельного и экологического права, Российский государственный университет правосудия; Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69

ORCID ID: 0000-0003-1514-8465

e-mail: knadege@yandex.ru

Об авторе:

Nadezhda A. Alekseeva — Candidate of Legal Sciences, Deputy Head of the Department of Land and Environmental Law, Russian State University of Justice; 69 Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-1514-8465

e-mail: knadege@yandex.ru

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

PROCEDURAL LAW. PROSECUTOR SUPERVISION

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-602-621

Research Article

“Equality of arms” in criminal procedure in the context of the right to a fair trial

Fardin Y. Khalilov  

The Justice Academy of the Ministry of Justice of the Azerbaijan Republic,
Baku, Azerbaijan Republic
 ph_d@mail.ru

Abstract. The level of realization of the right to a fair trial is one of the crucial indicators of democracy in any state. In order to ensure this right, all the minimum standards deriving from it must be clearly understood by law enforcement agencies and their practice must meet these standards. As ‘equality of arms’, the right to a fair trial, is not directly enshrined in the text of Article 6 of the European Convention on Human Rights (hereafter — the Convention) and is of implicit character; the issues like its essence, content and the way it should manifest in practice are open for discussion. For this reason, the focus on those issues is highly relevant. The aim of this article is, with reference to the case law of the European Court of Human Rights (hereafter — ECHR) and the modern doctrine based on this right, to explain the role of this principle and the essence of its mutual relations with the other elements of the right to a fair trial. Selected case law of ECHR bears great interest compared with other decisions and is discussed in the form of empirical materials of the study. From the doctrinal materials, interpretation of Article 6 of the Convention and theoretical sources related to the European standards in the criminal procedure are also analyzed. The article exercises methods of dialectical comprehension; they are determinism, induction, deduction, case studies and methods of law interpretation. As a result of the study, a unique doctrinal commentary has been obtained in the context of adversariality and impartial and independent court principles of the concept of ‘equality of arms’, as well as, interaction of the minimum rights of persons subject to criminal prosecution, guaranteed by the Convention.

Key words: criminal process, fairness, adversarial, equality of the parties, minimum rights, correlation, European Court of Human Rights, case law, interpretation

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

© Khalilov F.Y., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Article received 06th March 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Khalilov, F.Y. (2021) “Equality of arms” in criminal procedure in the context of the right to a fair trial. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 602—621. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-602-621

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-602-621

Научная статья

«Равенство оружия» в уголовном процессе в контексте права на справедливое судебное разбирательство

Ф.Я. Халилов  

Академия Юстиции Министерства Юстиции Азербайджанской Республики,
г. Баку, Азербайджанская Республика

ph_d@mail.ru

Аннотация. Уровень реализации права на справедливый суд является одним из основных показателей демократизма в любой стране мира. Для обеспечения данного права все вытекающие минимальные стандарты из него должны быть четко осознаны правоприменительными органами, а правоприменительная практика должна строго отвечать этим стандартам. Так как принцип «равенства оружия» не закреплен в прямом тексте ст. 6 Европейской Конвенции по правам человека и имеет имплицитный характер, вопросы о сущности, содержании и проявлениях рассматриваемого принципа остаются дискуссионными в теории в связи с чем, актуализируется научное исследование данной проблематики. Целью статьи является разъяснение концепции принципа «равенство оружия», его роли в обеспечении справедливости всего уголовного судопроизводства и коррелятивных связей с иными элементами права на справедливый суд, ссылаясь на прецедентное право Европейского Суда и на современную доктрину. В качестве эмпирических материалов исследования выступили наиболее интересные с точки зрения освещения тематики прецеденты Европейского Суда. Теоретические материалы преимущественно связаны с научно-практическим толкованием ст. 6 Европейской Конвенции и европейскими стандартами уголовного судопроизводства. В статье применены методы диалектического познания: детерминизм, индукция, дедукция, в том числе методы казуистики и толкования права. Результатом исследования является уникальный доктринальный комментарий к принципу «равенство оружия», подготовленный в контексте его корреляции с принципами состязательности, беспристрастности и независимости суда, а также с минимальными правами уголовно преследуемых лиц.

Ключевые слова: уголовный процесс, справедливость, состязательность, равенство сторон, минимальные права, корреляция, Европейский Суд по правам человека, прецедентное право, толкование

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 06 марта 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Khalilov F.Y. “Equality of arms” in criminal procedure in the context of the right to a fair trial // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 602—621. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-602-621

Introduction

The principle of a fair trial was unheard before the Convention; the concept existed in European procedural systems in the form of the right to a hearing, the *audiatur et altera pars*¹ of Romano-Canonical proceedings. The two equally vague terms naturally had different connotations, but the principle was the same (Matscher, 2000:10).

The Convention is the initial comprehensive international treaty in the area of human rights and the first to have established an International Court to safeguard those rights. ECHR decides on contraventions of the rights guaranteed by the Convention and allegedly committed by the Contracting States. It has developed an extensive jurisprudence, which has played a critical role in shaping the concept of human rights not only in Europe, but also on the other continents on earth (Golubovic, 2013:759).

The right to a fair trial provided by the Convention is important in and of itself. Nevertheless, it is also central to the enforcement and vindication of other fundamental rights. The “rule of law”, showed in the Preamble to the Convention and central to its vision, cannot exist if there is no fair trial (Schabas, 2015:265).

Article 6 is influenced by the principle of “due process of law” in Anglo-American law; thus the guarantee of Article 6 is worded in more detail and gives rise to a greater number of cases before the ECHR than the classical civil rights and liberties. The so-called judicial and procedural rights under Article 6 encompass various legal positions. Their common denominator is the principle of effective legal protection, which reflects the European constitutional principle of the rule of law (Grabenwarter, 2014:100).

Article 6 requires a “fair hearing”. The notion of “hearing” may be equated with that of “trial” or “trial proceedings”. It follows, firstly, from the French wording of the provision². Secondly, the right to be heard within a right time, reflected in the first paragraph, refers to the proceedings as a whole. Thirdly, the second statement in the first paragraph allows the exclusion of the public and the press from all or part of the trial (Dijk, Hoof, Rijn & Zwaak, 2006:578).

Any person in a democratic community is guaranteed to be provided with the right to a fair court regardless of his or her being accused of a serious crime, even of one leading to serious consequences such as terrorism. In fact, the more severe actions are intended for a person accused of committing a crime in a democratic society, the more rights he or she has to a fair trial.

It is difficult to determine the right to a fair trial using a generally accepted concept because it involves a number of parameters of legal proceedings, but it can be understood as a set of rules to be followed in order to have a fair hearing (Çayan,

¹ Translation: It is necessary to listen also to adverse party.

² In French: Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue.

2016:19; Turan, 2016:77—78). In this respect, “equality of arms” is one of the rules demanding to act accordingly in order to have a fair trial.

Materials and methods

The methods of the analysis and synthesis of the empirical basis were the most commonly used in the present article. The case law of the ECHR has provided the empirical basis.

A retrospective investigation of issues (the historical approach) was occasionally used in addition to the above-mentioned methods. The formal and dogmatic research method was equally experienced in the article because the goal of the study was not to give a critical investigation of the ECHR’s legal views; on the contrary, the main objective was to clarify issues under investigation precisely within the context of the ECHR case law precedents.

The analysis method was adopted to choose the most significant and informative atypical legal situations of the ECHR case law precedents. The synthesis method helped to define the most frequent ECHR’s positions on the subject under study by generalizing the provisions of a number of the ECHR’s decisions in one thesis.

The study of doctrinal sources provided a useful insight into the extent to which other researchers had previously focused on certain issues that are part of the present study. Based on this information, an attempt was made to present the issue under investigation from a new stylistical perspective.

“Equality of Arms” as an element of fairness of trial

“Equality of arms” is not directly reflected in the text of Article 6. It is considered to be an implied right (Morshakova, 2012:272, 360; Goss, 2014:90). Glancing at the ECHR case law shows relatively few references to Arts. 31—33 in the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereafter — VCLT). Close as its strategies are to the common rule of the purposive interpretation under Art. 31 VCLT, ECHR has created its own labels for interpretative techniques such as “living-instrument”, “practical and effective rights”, “autonomous concepts” etc. (Voskobitova, 2005:47; Letsas, 2009:59). Identification of implicit rights is also a technique for interpreting the Convention. The quintessence of a fair trial can be formulated as *everyone is equal before the law and has the right to equal legal protection without any discrimination* (Vasyaev & Knyaz’kin, 2015:6). In circumstances without “equality of arms” fairness will never be achieved (McBride, 2018:14).

Therefore, the idea of equality of opposing parties in a trial is based on an intentional interpretation of Article 6.

Accordingly, the ECHR case law provides the principle that “equality of arms” is a part of the wider concept of a fair trial³. This principle acts as a procedural guarantee of the equality of proceedings. As A.I. Kovler noticed, the defense of human rights comprises 80 % in the procedure, the rest is establishing justice; this was the idea of

³ *Ekbatani v. Sweden*, 26.05.1988, A/134.

the founding fathers of the Convention, judging by *Travaux préparatoires* (Kovler, 2019:127—128).

Some authors attribute this principle to functional guarantees, dividing the fundamental guarantees provided for in the Convention into organic ones (the establishment of a court by law, neutrality, the publicity of the trial, that is, which entrust the State with many obligations whose goal is to make such a trial possible) and functional ones aimed at ensuring equality, which must be observed at all stages of the process (Tumanov & Entin, 2002:88).

“Equality of arms” was first noted in 1968, in *Neumeister v. Austria*⁴. Later, in 1993, in *Dombo Beheer v. The Netherlands*, ECHR indicated that although the phrase is absent from the Convention, fairness in this regard has been preserved to require “equality of arms”. Each party has to be provided with a right set of circumstances to present their case — including their evidence — under conditions that do not put them at a substantial disadvantage *vis-à-vis* their opponent⁵.

For criminal cases, where the very character of the proceedings involves a fundamental inequality of the parties, the concept of the “equality of arms” assumes an added importance, and the same applies, though to a lesser degree, to administrative procedures⁶.

The “equality of arms” cannot be defined as the equality of the power of the parties in either sides. It is important here that each party has equal opportunities for claims and protection, and that one party can no larger exercise rights in the proceedings than the other (Taner, 2019:97). In criminal cases, it requires the defense to be in a similar situation with the prosecution (Matscher, 2000:13).

“Equality of Arms” & adversarial criminal procedure

Closely related to the right to adversarial proceedings, the “equality of arms” implies that the parties should have the same access to records and other documents pertaining to the case, at least insofar as these may play a part in the formation of the court’s opinion⁷.

The hearing should take place on equal terms between the two parties. There being some overlap between the requirements of the adversarial principle and those of equality of arms (Matscher, 2000:16).

A core element of adversarial proceedings is the presumed capacity of each side to challenge the probative force of evidence produced by the other. In order for the trial to comply with Article 6 (1), the prosecution authorities must disclose to the defense all material evidence against the accused. Failure to comply with this requirement negatively affects the fairness of the trial⁸. The right to an adversarial trial implies the parties’ ability to receive information and comment on all evidence or observations presented in court by other party. It may be deduced from extensive case law that it is

⁴ *Neumeister v. Austria*, 27.06.1968, 1 E.H.R.R. 91.

⁵ *Dombo Beheer v. Netherlands*, 27.10.1993, 18 E.H.R.R. 213.

⁶ *Feldbrugge v. Netherlands*, 29.05.1986, 8 E.H.H.R. 425.

⁷ *Ernst and others v. Belgium*, 15.06.2003, 39 E.H.H.R. 35.

⁸ *Edwards v. United Kingdom*, 25.11.1992, 15 E.H.R.R. 417.

immaterial whether a person has chosen not to be legally represented, whether the documents or observations in issue are important for the consequence of the proceedings, whether the omission to communicate the document in issue has caused any prejudice, or whether the observations give any fact or argument which already appeared in the disputable decision. It is for the parties to evaluate whether a submission deserves a reaction (Dijk, Hoof, Rijn & Zwaak, 2006:584—585).

In cases when an adversarial trial is not conducted, it becomes very difficult to provide a fair balance arising from the “equality of arms” because breaking the principle of the adversarial trial could disrupt the balance between the parties in terms of defending their positions (İnceoğlu, 2013:221, 249).

The impartial and independent court as a part of adversarial proceedings and its influence on equality of arms

The decision maker’s impartiality and independence is one of the underlying requirements for the existence of the adversarial principle. In its broadest sense, impartiality can be viewed as prone neither to the prosecution nor to the defense, and independence can be understood as the court’s independence from the prosecution and the defense.

Article 6 (1) guarantees the right to a fair trial before ‘an independent and impartial tribunal established by law’. There cannot be a fair criminal or civil trial before a court, which is, or appears to be, biased against the defendant or litigant, and the fair trial guarantees are meaningless if the tribunal’s decision is liable to be overturned by some other authority, which does not offer such guarantees⁹.

The ECHR is concerned both with the subjective and objective elements of independence and impartiality. The subjective element involves an enquiry into whether the personal conviction of a judge in a particular case produces doubts about his or her independence or impartiality. The judge's lack of bias is presumed unless there is evidence to the contrary, and there are exceedingly few cases where subjective bias has been established since in practice such evidence can be very hard to come by. The objective element involves the determination of whether, from the point of structure or appearance, a party’s doubts about the tribunal’s independence and impartiality may be legitimate (White & Ovey, 2010:266).

When considering ‘equality of arms’ in the context of the rule of the independent and impartial tribunal, it matters whether the judge who is to decide the case fulfilled procedural duties in the previous proceedings. For example, in *Piersack v. Belgium*, the judge who heard the applicant’s case previously acted as a member of the public prosecutor’s department. It was considered as a violation of Article 6. In *Wettstein v. Switzerland*, the petitioner’s case was heard by the court board that consisted of five judges. The point was that two of them who were part-time judges acted as legal representatives of the opposite party in other proceedings against the applicant. Regardless of the fact that there were no substantive legal relations between the applicant’s case and other cases in which part-time judges acted as legal

⁹ *Van de Hurk v. Netherlands*, 19.04.1994, 18 E.H.R.R. 481.

representatives, the cases' overlapping in terms of time led the ECHR to the conclusion that the applicant had his purposes to consider that the judges could see him as an opposing party. The ECHR supposed that Article 6 was breached in this case¹⁰.

The personal interest of a judge conducting the criminal proceedings in a case makes him a party and seriously breaks the essence of 'equality of arms'. Personal partiality (having a personal interest in a case) leading to the violation of the principle of *Nemo debet esse iudex in propria causa* (Latin for 'No one can be a judge in his case') can be couched in the existence of a direct or indirect interest in the result of the case. Personal partiality can lead to either accusation or inclination to justification. As personal partiality is closely linked with the category of personal interest, it can arise during the court proceeding as well. An official who accepted jurisdiction does not pursue personal interest at that time, whereas the personal interest of the individual in charge of the case may arise in the following course of the case due to being illegally influenced through bribes, etc. The prosecuting officer's or the decision maker's acting for the sake of his or her personal interests impairs the interests of people having different procedural status in the case, as well as those of justice in general, worsens the public aspect of the court proceedings and its opportunities as a means of defending the public interest.

The scope of subjects permitted to have a personal interest in criminal proceedings is limited. They can be either victims of a crime (victim and civil claimant) or persons who are involved in criminal or civil liability (a suspected person, an accused person and a civil defendant). Being personally interested in the specific results of criminal proceedings, other subjects of criminal proceedings, especially decision makers, can not be an essential part of the procedural status. In fact, this element excludes the participation of a particular person as a subject with the decision-making status in the due case.

'Equality of Arms' & 'Favor defensionis'

As noted, the Convention requires that the prosecution party and the defense party must have equal legal capacity in order to be fair in the criminal proceedings. But is it realistic in fact to ensure this equality in practice? Some authors believe that as long as the state acts as a prosecution party in the criminal proceedings, a prosecution party and a defense party can never be equal in reality. The arguments of the supporters of this idea are in fact persuasive. They note that as opportunities such as application of coercive procedural measures and restriction of an individual's rights will always belong exclusively to the state, and as these opportunities can never be granted to ordinary people, the state will always have greater legal capacity than human. Therefore, the principle of 'equality of arms' is a fiction and cannot exist in real practice (Golovko, 2020:113).

Although this argument seems reasonable at first glance, we do not think it is necessary to rush to abandon the principle of 'equality of arms'. It is true that the state and the individual do not possess the same power, but there is also an issue that the

¹⁰ *Piersack v. Belgium*, 01.10.1982, 5 E.H.R.R. 169; *Wettstein v. Switzerland*, 21.12.2000, Application no. 33958/96.

Convention does not deal with the ‘identity of arms’ between the state and the individual, but with the ‘equality of arms’.

In other words, for a criminal trial to be fair, it is not necessary to equate the capabilities of the state from the prosecution party with the capabilities of the defense party, it is sufficient to equalize these possibilities as much as possible. We believe that, in fact, it is impossible to equate the person and the state in practice. Because we must either completely deprive the state of the powers or give the person the powers peculiar to the state for that reason. On the contrary, we believe that in practice it is possible to equalize the capabilities of the person and the state. Because this does not require depriving the state of its power, nor it requires giving the person powers that are not characteristic of a person.

Unlike ‘identity of arms’, ‘equality of arms’ can also be provided through making a balance. In order to make a balance, it is not necessary to give the parties the same rights and responsibilities; it is enough to provide supplemental obligations for the ‘strong side’ and additional privileges (concessions) for the ‘weak side’. Additional privileges for the defense in criminal proceedings comprise the phenomenon of *favor defensionis*, and some authors assert that only through such rules the capacities of the defense party, that is weaker, become equal in comparison with the prosecution party in the criminal proceedings. In other words, ‘equality of arms’ can also be achieved through *favor defensionis* (Solov'ev, 2021:34—36). We also think that this approach is more correct.

The rules of *favor defensionis* can be reflected in different forms in the national criminal-procedural legislation. For example, specific time limits may be set for a person to remain in the status of a suspect, the period to claim about the acquittal may be shorter than the period to raise a claim about the conviction, unlike the others, the accused may be given the right to have the last word in court, and so on. Article 6 also contains some *favor defensionis* rules, which provide some ‘equality of arms’ by giving additional benefits to the defense to level capacities.

Article 6 also contains some *favor defensionis* rules, which provide ‘equality of arms’ to some extent through giving additional benefits to the defense party. We regard that these rules include *onus probandi* (burden of proof) and protection against self-incrimination.

Thus, according to the presumption of innocence reflected in Article 6 (2) ‘onus probandi’ lies on the prosecution. The prosecution party must urge the court that the accused is guilty; it is not for the latter to establish evidence on his/her innocence. In general, ‘onus probandi’ rests on the prosecution and any doubt should benefit the charged. It is on the prosecution to adduce evidence convincing the guilt of the accused and not the duty of the accused to demonstrate his/her innocence¹¹.

Evidently, the ‘onus probandi’ rule, established in Article 6 (2), improves the condition of the defense party. Despite the principle of equality of arms reflected in the Convention, the defense party does not bear the same burden of proof as the prosecution party. However, in this case, the fact that the prosecution party has a heavier obligation

¹¹ *Agapov v. Russia*, 06.01.2021, Application no. 52464/15; *Pasquini v. San Marino (No. 2)*, 08.03.2021, Application no. 23349/17; *Ilias Papageorgiou v. Greece*, 10.03.2021, Application no. 44101/13.

than the defense party does not violate the equality of the parties, but rather balances the inequality of power between the state and the person.

Similarly, the rule of protection against self-incrimination also sets additional concessions for the defense party. Thus, one facet of Article 6 (2) is the privilege against self-accusation. It is closely related to the notion of ‘onus probandi’ and the idea that the charged person should not contribute to or take part in meeting the evidentiary threshold (Schabas, 2015:300). Obviously, while the defense party has the right to be passive from beginning to end, the prosecution party is not able to fulfil his/her function being passive. Although this rule also gives the defense party an advantage, in fact it aims to balance the legal possibilities between the parties.

‘Equality of Arms’ & the minimum rights established in Article 6 (3)

It is important to consider what ‘fairness’ requires in the circumstances of each case. Fairness in the civil context requires consideration of factors different from those that apply in determining whether ‘substantial injustice’ will result in the criminal context. These factors can be gleaned from case law (Brickhill, 2005:298).

Rights established in Article 6 (3) are part of the guarantees under Article 6 (1). Each safeguard is borne by the concept of effective defense; this happens by providing for a time limit, by avoiding disadvantages due to the language barrier, ensuring contact between the accused and the legal counsel, compensating for economic drawbacks or ensuring effectiveness and ‘equality of arms’ in the hearing (Grabenwarter, 2014:153).

All the rights of a charged person are viewed as the manifestation of the ‘equality of arms’ in Article 6 (3) of Doctrine (Ambos, 2004:27).

An interesting interaction can be observed between the minimum rights of accused individuals and a fair trial and ‘equality of arms’ as its part (Rabceovich, 2005:131—132; Karakehya, 2008:38). Thus, according to the legal position of the ECHR, the minimum rights list of persons charged with committing a crime provided in the Convention, Article 6 (3) (a), (b), (c), (d) and (e) can not be understood as *numerus clausus* (closed number). Importantly having guaranteed the minimum rights noted in the Convention, Article 6 (3) (a), (b), (c), (d) and (e), is not enough for the court proceeding to be regarded as compatible with a fair trial, as the ECHR considers the relations between paragraphs 1 and 3 of Article 6 in the Convention as those of general to particular; therefore, even if there is no violation of minimum rights set forth in paragraph 3 of Article 6 in the Convention, proceedings do not meet the demands of principles of a fair trial and ‘equality of arms’¹². The ECHR’s examination of the absence/presence of ‘equality of arms’ is not to be directed at a particular feature of procedure in isolation¹³.

Article 6 (3) (a)

Anyone charged with a criminal offence has a right to be informed promptly, in the language he/she understands (and in detail) of the nature and cause of the accusation against them.

¹² *Artico v. Italy*, 13.05.1980, 3 E.H.R.R. 1.

¹³ *Edwards v. United Kingdom*, 25.11.1992, 15 E.H.R.R. 417.

Two main points pertaining to the mentioned right deserve special attention. First, a person should be informed of the nature and causes of the accusation against him or her immediately and thoroughly. Second, the information should be provided in the language the very person understands.

The first of the above-mentioned aspects is the most important one, as the accused should be aware of further changes in the accusation. It is also highly important for the accused to be able to comprehend the information in the language he or she speaks fluently¹⁴.

The importance of this right in terms of ‘equality of arms’ ensuring bears upon the fact that the defendant is aware of the accusation against him/her and evidence underlying it early enough to be able to decide on appropriate defense tactics against the charges set forth, as well as on evidence to be obtained, and so on. In this way, the accused is able to balance his/her argumentation opportunities with the prosecution.

Article 6 (3) (b)

The ‘equality of arms’ also applies to the ‘time and facilities’ available to a party to prepare his or her case before the hearing. (Janis, Kay & Bradley, 2008:798; Trubnikova, 2011:175).

According to the ECHR, the judge’s primary role in ensuring the mentioned right is to provide a balance between the trial and the reasonable period of time it is to be conducted. A number of factors should be taken into consideration in ensuring the charged person’s right to have enough time to organise their defense: factual aspects of the case, difficulties of the case, the proceedings and others. The most considerable factor is the period of time for the accused person to be provided with a defense counsel. The time for an accused to take advice from the defense counsel is fundamental to preparation of the defense. In this light, in case a person charged with a criminal offence is kept in detention, his/her defense counsel shall meet with them confidentially, anytime without restriction to discuss relevant issues. In the ECHR case law, the right of the accused to see his/her defense counsel is considered as the right of the accused to communicate with their advocate.

In the ECHR case law, the accused person’s right to get familiarized with the evidence is considered as an integral element of the right to have adequate opportunity to organise his/her defense. The ECHR considers that it is a crucial point in terms of Article 6 of the Convention for defense counsel of the charged person to have adequate time and opportunities to get ready for the defense¹⁵.

Taking into account the right to have adequate time and opportunities to write a statement of defense in the context of the principle of ‘equality of arms’, we can

¹⁴ *Brozicek v. Italy*, 19.12.1989, 12 E.H.R.R. 371; *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989, 19 E.H.R.R. 36; *Pelissier and Sassi v. France*, 25.03.1999, 30 E.H.R.R. 715 *Salvador Torres v. Spain*, 24.10.1996, Application no. 21525/93.

¹⁵ *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, 5 E.H.R.R. 533; *Campbell and Fell v. United Kingdom*, 28.06.1984, 7 E.H.R.R. 165; *Domenichini v. Italy*, 15.11.1996, Application no. 15943/90; *Goddi v. Italy*, 09.04.1984, 6 E.H.R.R. 457.

conclude that the defense party should have enough time and opportunities to organize and effectively carry out the defense. This right must be recognized by the opposite party.

In *Bönisch v. Austria*, both prosecutions against the applicant who was prosecuted twice had been initiated by the same body¹⁶ on its own tests. In both cases the director of the body who initiated the prosecutions was appointed as an expert by the national court. In his first case an applicant was permitted to present alternative expert as his own witness, but in his second case such permission was not granted. The ECHR noticed impermissible inequality in both cases of the applicant. In spite of the fact that the applicant had been permitted to invite his own expert witness, in his first case the appointment of the Director as the court's expert formally invested him with the function of the neutral auxiliary of the court. As a result, the Director had been able to participate throughout the proceedings and question the witnesses, while the expert invited by the applicant had no such powers. Given the fact that it was the Director's report that prompted the case in the first place, he played the role of a witness against the defendant¹⁷.

In *Brandsteller v. Austria*, the ECHR had to define the extent to which counter-expertise is mandated by the Convention. The court expert was employed by the same institute as the expert who filed the report that led to the prosecution. After the expert had submitted his report, Brandsteller raised an objection against the perceived bias of the expert. The ECHR held that the Austrian court had not breached 'equality of arms' in refusing the defendant's request to appoint his own expert. The right to an adversarial trial stands for the fact that both parties should be given the opportunity to have information of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. However, this does not imply that the expert should necessarily be present at court or give oral evidence. An additional factor that is essential in establishing the right to counter-expertise is the importance of the expert evidence in determining issues. In *Mantovanelli v. France*, the ECHR considered whether there had been any other supporting evidence besides that of the disputed expert, or whether the accused had been convicted solely on the facts of the expert's evidence (Meintjes-van der Walt, 2001:304).

At the same time in cases when the applicant may have been to some extent disadvantaged in preparing defense, but the allowed time and/or granted facilities were adequate to satisfy Article 6 (3) (b), the ECHR is not inclined to detect violation of the 'equality of arms'. For example, no violations of 6. Article and in particular of 'equality or arms' principle were found in *Kremzow v. Austria* in spite of the fact that the accused received a copy of the Attorney General's position paper three weeks before the Supreme Court's hearing on the case even though the Court had received it much earlier and had, indeed, prepared a draft judgment based largely on Attorney General's position paper. In this case the time allowed to the applicant to prepare his defense was held adequate to satisfy Article 6 (3) (b) by the ECHR¹⁸.

¹⁶ Federal Food Control Institute.

¹⁷ *Bönisch v. Austria*, 06.05.1985, 19 E.H.R.R. 191.

¹⁸ *Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, 17 E.H.R.R. 322.

Article 6 (3) (c)

In the absence of the right of the charged person to defend himself, it is impossible to talk either about adversarial or adequate opportunities of the opposing parties.

A charged person's being defended is of great importance to ensure a fair balance via procedural functions carried out by parties to a legal dispute. In other words, in order to ensure that criminal proceedings are fair, in addition to the prosecution function throughout the course of the proceedings, the defense function must also be implemented. It is true that the defense function may not be realised as actively as the accusation function during all stages of the proceedings. For instance, the defense party may prefer passive tactics in pre-trial proceedings, get acquainted with accusation evidence and expose its primary evidence during the trial. Nonetheless, regardless of the preferred tactics, the defense party is to possess an opportunity to realize adequate defense function against the accusation function not only in terms of idea (for example, only determining the lawyer, granting specific rights to the lawyer defined by law, etc.), but also in that of reality (lawyer's participation in all the procedural actions accompanying the defendant with legal advice, presence of the mechanisms guaranteeing the rights granted to the lawyer defined by law).

If a person exposed to criminal prosecution defends himself in person, it does not mean that he refuses the assistance of a lawyer or any other counsel or that he does not need them. However, the right of a person subject to criminal prosecution to protect himself in person is not regarded as an absolute right¹⁹. There are cases when national legislation does not accept the rejection of a defense counsel or when the lawyer's participation is mandatory, or when the appointment of a defense counsel is to be mandatory, etc. and does not conflict with Article 6 (3) (c).

A person exposed to criminal prosecution is entitled to the right of choosing a legal counsel for himself if he owns enough money for lawyer's services. An accused person who takes advantage of a free legal aid because of financial grounds does not have the right to choose any specific legal counsel or word out his own opinion on the issue²⁰.

However, when an accused person is affluent, his right to choose a legal counsel for himself is not of the absolute right in nature²¹. It means that national legislation considering the rules regulating participation of lawyers in criminal proceedings, cases excluding the lawyers' access to the case or lawyers' being removed from the case, etc. does not contradict Article 6 (3) (c) and ensures the 'equality of arms'.

Sometimes these rules derive from the interests of justice. In such cases, if the accused is not able to afford their own lawyer, they should be provided with free legal assistance.

Various cases explain the interaction between interests of justice and free legal services. For example, rendering free legal assistance is of great importance in the light

¹⁹ *Croissant v. Germany*, 25.09.1992, 16 E.H.H.R. 135.

²⁰ *M v. United Kingdom*, (1984) 36 D.R. 155.

²¹ *X v. United Kingdom*, (1978) 15 D.R. 242.

of interests of justice in cases when the accused is expecting serious sanctions, especially imprisonment²², when the law to be applied in solving the case is complex²³, when legal awareness of the person accused in complex cases is insufficient and only an experienced lawyer is needed to carry out the defense in such cases²⁴.

If a person subject to criminal prosecution defends himself via free legal aid provided to him, such legal assistance should be practical and effective in terms of ensuring ‘equality of arms’. Although state agencies are not responsible for every shortcoming on the part of a defender when providing free legal aid, they should either replace the lawyer or force him/her to carry out the duties; certain decision is made if they are aware of non-practical and non-effective legal aid because of the objective or subjective reasons, for example, illness or shirking, among others²⁵. In general, any measures limiting the right of defense should be based on necessity and, if less restrictive measures are enough, such measures should be applied in that case²⁶.

Article 6 (3) (d)

In fact, it is not uncommon for evidence to be offered in such a form as to eliminate or limit the effectiveness of such examination. Such evidence may, as in the principal case, actually be presented to the decision-maker. Alternatively, undisclosed facts never produced at trial might have helped to the other side in preparing its case and in securing evidence that it did use in the trial (Janis, Kay & Bradley, 2008:808).

The right enshrined in Article 6 (3) (d) requires that the accused person should be entitled to the following: to summon and examine any person whom he believes can give testimony on the issues crucial to his case; to examine the witness against him; and to summon and question a witness in case the accusation party refers to the testimony of that witness.

But as shown in *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, the entitlement to the disclosure of relevant evidence is not an absolute right. Sometimes competition of different interests in criminal proceedings is inevitable. For example, the security of witnesses, or national security and the rights of the accused may compete. Therefore, in cases where there are sufficient grounds, the restriction of certain rights of the accused may be considered permissible in the context of Article 6. But, in order for justice not to suffer, all difficulties arising from permissible restrictions on the rights of the accused must be balanced by appropriate procedures²⁷.

The right to summon witnesses and interrogate them is not absolute in that case. Domestic laws can determine the scope of persons who are allowed or not to be summoned as witnesses. The restrictions and prohibitions enshrined in the law regarding interrogation of persons who have diplomatic immunity, close relatives of a

²² *Benham v. United Kingdom*, 10.06.1996, 22 E.H.R.R. 293.

²³ *Perks and others v. United Kingdom*, 12.10.1999 (Application nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95, 28456/95).

²⁴ *Pham Hoang v. France*, 29.08.1992, 16 E.H.R.R. 53.

²⁵ *Artico v. Italy*, 13.05.1980, 3 E.H.R.R. 1; *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989, 19 E.H.R.R. 36.

²⁶ *Van Mechelen and others v. Netherlands*, 18.03.1997, 25 E.H.R.R. 647.

²⁷ *Rowe and Davis v. United Kingdom*, 16.02.2000, 30 E.H.R.R. 1.

person whose interests were affected during the criminal proceeding as a witness are not reviewed as violations of Article 6. For example, in *Unterpertinger v. Austria*, the ECHR points out that some states that are party to the Convention have adopted provisions exempting family members to testify. Such provisions do not clearly contradict with the provisions of Article 6 (1) and 6 (3)²⁸.

As the right defined in Article 6 (3) (d) is not absolute, competent authorities allow rejecting summoning (do not allow convening) some witnesses. However, in this case, competent authorities should substantiate the evidence of those whose convening was rejected to be not relevant to the case.

Sometimes summoning and examining the witness who testifies against the charged person may not be possible for certain objective reasons. For example, if the witness is sick or has died, it will objectively be impossible to summon and question him/her. In such cases, the ECHR considers it permissible to refer to the testimony of a witness who does not participate in the court under certain conditions. Then a fruitful environment for setting forth the counterargument should have been provided, as well as alternative options should have to be reviewed. In this case, ‘equality of arms’ can be ensured.

In some cases, the charged person is aware of the contents of statements against him, nevertheless, he does not know the person who made the statements. It is called anonymous testimony. In case law, witnesses whose identity remains undisclosed to the defendant and/or their counsel in order to guarantee their safety are called anonymous witnesses. However, anonymity is of relative character and identity of those who testified, as a rule, remains secret to defense party whereas the body deciding the case has information about their real identity.

With regard to this issue, the ECHR is in the position of providing the balance of interests. Provision of a fair trial requires, in some cases, a balance between the witnesses called to testify in the interests of the defense or the victim’s interests. The anonymity of witnesses should be compensated through application of procedures enabling to challenge credibility of their testimony (immediately, for example through asking questions to witnesses testifying via a distorted video channel or later, for example, in cases when the defendant does not attend the hearing when getting acquainted with protocols after the testimony took place)²⁹.

A major challenge concerning anonymous testimony is that the defendant and his lawyer find it difficult to challenge statements of witnesses. For example, in *Kostovski v. Netherlands*, the ECHR stated that if the defense is not aware of the identity of the person it wants to interrogate, it can be deprived of key details which are able to prove that the witness’s position is partial, hostile and impossible to rely on. Witness evidence or other information exposing the defendant can be deliberately false or wrong and defense, having insufficient information enabling it to verify the validity of a witness, can hardly clarify the issue. There is no doubt that such situations cause threats³⁰.

²⁸ *Unterpertinger v. Austria*, 24.11.1986, 13 E.H.R.R. 175.

²⁹ *Doorson v. Netherlands*, 20.02.1996, 22 E.H.R.R. 330.

³⁰ *Kostovski v. Netherlands*, 20.11.1989, 12 E.H.R.R. 434.

The established case law of the ECHR defined the system of conditions of permissibility of ‘anonymous testimony’ in court (the admissibility of witness anonymity only in cases of a real threat to their security; a procedure ensuring participation of the defense, at least defense counsel, in the examination of the witness; inadmissibility of conviction based only on the testimony of anonymous witnesses). Within these conditions, the application of ‘anonymous testimony’ is compatible with the ‘equality of arms’.

Also, it must be noted that there is the right to find, challenge and interrogate witnesses who can testify in favour of the defendant. The defendant is not obliged to call and interrogate witnesses to prove his/her innocence. *Ei incumbit probatio qui dicit, non-qui negat*³¹. In criminal trial, an *onus probandi* (burden of proof) is imposed upon the prosecution³². The employment of a presumption of liability from the proof of certain facts does not by itself violate Article 6 although it obviously confers a comparative advantage on one party³³. The ECHR has also stated, however, that in criminal cases where a defendant is entitled to the presumption of innocence, the ECHR does not suppose presumptions of fact or law with indifference³⁴.

Article 6 (3) (e)

Under Article 6 (3) (e) any person accused of committing a crime has the right to free assistance of an interpreter if he does not understand or speak the language used in court.

There is no doubt that a person who does not comprehend the language of the proceedings or cannot express himself in this language is deprived of the opportunities to defend himself effectively. Likewise, some people who cannot understand the thoughts uttered against him during the proceedings or respond to these thoughts adequately, as well as those who are not able to get acquainted with written documents as they are speech-, hearing- or visually-impaired find themselves at a disadvantage. Therefore, in the broadest sense, the right to a fair trial and the relevant principle of ‘equality of arms’ requires that such person’s opportunity to respond to the accusation adequately should be provided via involvement of an interpreter who can communicate the language of the proceedings to the defendant including sign language.

In the mentioned cases an interpreter’s free assistance is of great importance in terms of ensuring the right to fair trial.

The ECHR understands that ‘the free aid of an interpreter’ does not mean to demand interpreter costs from the charged person. According to the ECHR, the law on ‘the free assistance of an interpreter’ does not imply conditional or temporary exemption from interpreter costs, or cancellation of the payment of such costs. In addition, it should be taken into account that in the light of proving Article 6 (3) (e) of the Convention the law on ‘the free aid of an interpreter’ should concern all necessary

³¹ Translation: The burden of the proof lies upon him who affirms, not him who denies.

³² *Telfner v. Austria*, 20.03.2001, Application no. 33501/96.

³³ *Salabiaku v. France*, 07.10.1988, 13 E.H.R.R. 379.

³⁴ *Salabiaku v. France*, 07.10.1988, 13 E.H.R.R. 379.

written and oral materials, i.e. both documents and statements for a person to be able to exercise the right of fair trial³⁵.

In terms of providing ‘equality of arms’ as free legal assistance, free interpreter services should not be formal, but practical and effective as well.

Results

‘Equality of arms’ is closely linked to the right to adversarial proceedings. The interaction between the principles of ‘equality of arms’ and adversariality is so close that it sometimes becomes difficult to draw a clear line between them. Even the minimal rights provided in Article 6 (3) constitute additional guarantees for both the principle of ‘equality of arms’ and that of adversariality. The main reason for this is the fact that both principles are not directly identified in the text of Article 6 and that they are products of intentional interpretation. However, the most common way to distinguish between these two principles is as follows. ‘Equality of arms’ requires that both sides of the judiciary (defense and prosecution) be subject to the same consideration, while the principle of contention requires that both parties access all the materials of proceedings. When an adversarial trial is absent, it becomes extremely challenging to maintain a fair balance derived from the concept of ‘equality of arms’, however, the breach of the principle of adversariality may not breach ‘equality of arms’.

One of the main requirements for the principle of adversariality realization is the decision-maker’s impartiality and independence. In that sense, if the prosecutor that is in charge of the criminal proceedings is personally interested in the case, it seriously breaks ‘equality of arms’.

In practice the prosecution and defense parties do not always have equal opportunities, because when the state acts on behalf of the prosecution party, it is unrealistic for an ordinary person acting on behalf of the defense party to have equal opportunities with the state. Thus, it is necessary to take into account that the Convention deals not with ‘identity of arms’ but with ‘equality of arms’ between the two parties. Unlike ‘identity of arms’, ‘equality of arms’ may be provided with the help of a balance of interests between the two parties. That is why, whereas the rules of *onus probandi* and protection against self-incrimination set up in Article 6 (2), involve supplemental rights, concessions and privileges, it does not violate equality of the parties, *vice versa*, it balances equality of powers between the state and the person to some content.

The concept of ‘equality of arms’ is in a mutual relationship with the minimum rights of a person accused of a criminal offence. The list of the rights noted in Article 6 (3) can not be regarded as *numerus clausus*. Each of the rights being provided is inadequate to account for the compatibility of a criminal prosecution with the right to a fair trial. Even when the rights defined in Article 6 (3) are fully observed, the proceedings on a case may be considered as not meeting the requirements of a fair trial, including ‘equality of arms’.

³⁵ *Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany*, 28.11.1978, 2 E.H.R.R. 149; *Ozturk v. Germany* 21.02.1984, Application no. 8544/79.

In terms of ‘equality of arms’, the importance of the right set out in Article 6 (3) (a) is that it is due to this right that the defense party is specially aware of accusation and against which evidence the accusation is based on, what defense tactics should be chosen against the prosecution, what evidence should be obtained, and so on. It can thus balance the argument with its accusation.

When the right in Article 6 (3) (b) is viewed from the perspective of the ‘equality of arms’, it is reasonable to conclude that the time and facilities available to the defense party are reasonable enough for preparation and effective realisation of defense. Moreover, they should be adequate to the time and facilities available to the opposing side.

The right provided in Article 6 (3) (c) is crucial in terms of ensuring the ‘equality of arms’: if the person subjected to criminal proceedings has no right to defend himself, neither adversity nor equality of the parties involved will be possible. Defending a person charged with a crime is essential for the establishment of a fair balance through the procedural aspects of the legal dispute between parties. In other words, in order to justify criminal proceedings, the defense function should be implemented in the response to the prosecution function throughout the entire course of the proceedings. Regardless of the selected defense tactics, the defense is not always merely an idea (for example, simply defining a lawyer, granting certain rights to a lawyer, etc.), but also reality (e.g, attorney’s involvement in certain procedural actions and providing his/her clients with advice, availability of real guarantees of the rights granted to the lawyer, and so on) allowing to carry out a defense function that can adequately respond to the prosecution function.

The right set out in Article 6 (3) (d) requires the accused to have the following capabilities: the accused should be able to summon and interrogate any witness if he/she supposes that the witness may testify to the details of his claim; the accused should be able to get information from witnesses about who testify against him/her in court; the accused should be able to convene and question any witness if the prosecution cites the testimony of that witness.

The ECHR case law presupposes the system of permissible conditions for ‘anonymous testimony’ in the court. Under these conditions, application of ‘anonymous testimony’ is in line with the ‘equality of arms’. Such conditions are as follows: the expression ‘anonymous witness’ can only be applied where there is a real threat to the security of the protected person; the defense must, in each case, participate in questioning witnesses who testify under the pseudonym and/or with the help of technical means (an opportunity to interrogate those who give testimony should be provided); the verdict of the court may not be based solely on the information given by ‘anonymous witnesses’.

Also, it should be noted that finding, convening and examining witnesses who can give testimony is a right. The accused is not obliged to call witnesses to testify for his innocence.

The right defined in Article 6 (3) (e) is of great importance in terms of the principle of ‘equality of arms’, since a person who does not understand the language of proceedings or is not able to express himself is deprived of the opportunity to defend himself effectively and, thus, is facing unequal conditions. Likewise, persons who do

not understand the language of the proceedings, as well as those who can not give adequate answers to court, including those who are unable to get acquainted with the written documents, are also disadvantaged.

For this reason, the ‘equality of arms’ as a substantive right to a fair trial, and its integral part require that adequate response to the actions of the prosecution (for example, to propose its own version of the case, to protest, to give cue, etc.) are provided through persons who understand both the language of the proceedings and the language of the accused, including the situation when the accused is hearing- and speech-impaired. As is the case with free legal assistance in terms of ‘equality of arms’, free translation services should be sufficient and effective rather than imaginary and formal.

Discussion

The results mostly correlate with those of other research studies on the ECHR case law in terms of analysis and synthesis in relation to the interpretation of the essence and content of the right to a fair trial. The reason for this is the fact that the ECHR’s sustainable cases act as the most reliable sources for such research.

One of the main issues left out of the present study is the complete list of the so-called ‘minimum rights’ of prosecuted individuals, set forth in the Convention. More specifically, we examined how ‘equality of arms’ correlates with minimum rights defined in Article 6 of the Convention. However, we are of the opinion that, the Convention contains a longer list of minimum rights of prosecuted individuals. As an example, there can be no doubt that the minimum rights, set forth in the Convention, in relation to persons who were detained (arrested) and imprisoned on suspicion of committing crime are also the minimum rights of prosecuted individuals. In this regard, further research is of interest on the correlation between the ‘equality of arms’ and other minimum rights of prosecuted individuals, which are enshrined in other articles of the Convention.

The obtained results could be used in both further theoretical research and law enforcement. The outcomes of this research study could be useful in practical activities of national courts and criminal investigation courts with a view to enhancing assurance over the right to a fair trial and hindering typical violations of the right under study.

References / Список литературы

- Ambos, K. (2004) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve yargılama hakları — silahların eşitliği, çelişmeli önsoruşturma ve AİHS m. 6. Kitapda: *Adil yargılanma hakkı ve ceza hukuku*. Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş. Pp. 15—64. (in Turkish).
- Brickhill, J. (2005) The Right to a Fair Civil Trial: The Duties of Lawyers and Law Students to Act Pro Bono. *South African Journal on Human Rights*. 21 (2), 293—322.
- Çayan, G. (2016) *Adil yargılanma hakkı*. İstanbul, Legal Yayıncılık A.Ş. (in Turkish).
- Dijk, P., Hoof, F., Rijn, A. & Zwaak, L. (2006) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerp, Oxford, Intersentia.
- Golovko, L.V. (2020) State participation in the criminal procedure: from ‘equality of arms’ to realistic theories. *State and Law*. (6), 107—118. (in Russian).

- Головкин Л.В. Участие государства в уголовном судопроизводстве: от «равенства оружия» к реалистичным концепциям // Государство и право. 2020. № 6. С. 107—118.
- Golubovic, D. (2013) Freedom of association in the case law of the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights*. 17 (7—8), 758—771.
- Goss, R. (2014) *Criminal fair trial rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Oxford, Hart Publishing.
- Grabenwarter, C. (2014) *European Convention on Human Rights. Commentary*. C.H. Beck, Hart, Nomos.
- İnceoğlu, S. (2013) *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında adil yargılanma hakkı. Kamu ve özel hukuk alanlarında ortak yargısal hak ve ilkeler*. İstanbul, Beta. (in Turkish).
- Janis, M., Kay, R. & Bradley, A. (2008) *European human rights law. Text and materials*. New York, Oxford University Press.
- Karakehya, H. (2008) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil yargılanma hakkı) bağlamında ceza muhakemesinde duruşma*. Ankara, Savaş Yayınevi. (in Turkish).
- Kovler, A.I. (2019) *European Convention: problems of interpretation and implementation*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Ковлер А.И. Европейская Конвенция: проблемы толкования и имплементации. М.: Норма, 2019. 400 с.
- Letsas, G. (2009) *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. New York, Oxford University Press.
- Matscher, F. (2000) The right to a fair trial in the case-law of the organs of the European Convention on Human Rights. In: *The right to a fair trial — Science and Technique of Democracy No. 28*. Strasbourg, Council of Europe Publishing. Pp. 7—20.
- McBride, J. (2018) *Human rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights*. Strasbourg, Council of Europe Publishing.
- Meintjes-van der Walt, L. (2001) Expert Evidence and the Right to a Fair Trial: A Comparative Perspective. *South African Journal on Human Rights*. (17) 3, 301—319.
- Morshakova, T.G. (ed.) (2012) *Fair justice standards (international and national practices)*. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
- Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012. 584 с.
- Rabceвич, O.I. (2005) *The right to a fair trial: international and domestic legal regulation*. Moscow, Leks-Kniga Publ. (in Russian).
- Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. М.: Лекс-Книга, 2005. 318 с.
- Schabas, W. (2015) *The European Convention on Human Rights. A Commentary*. Oxford, Oxford University Press.
- Solov'ev, S.A. (2021) *Favoring to defense (favor defensionis)*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Соловьев С.А. Благоприятствование защите (favor defensionis). М.: Норма, 2021, 296 с.
- Taner, F. (2019) *Ceza muhakemesi hukukunda adil yargılanma hakkı bağlamında çelişme ve silahların eşitliyi*. Ankara, Seçkin Yayıncılık. (in Turkish).
- Trubnikova, T.V. (2011) *The right to a fair trial: legal positions of the European Court of Human Rights and their implementation in the criminal proceedings of the Russian Federation*. Tomsk, Tomsk University Publishing House. (in Russian).
- Трубникова Т.В. Право на справедливое судебное разбирательство: правовые позиции Европейского Суда по правам человека и их реализация в уголовном процессе Российской Федерации: учебное пособие. Томск: Изд-во Томского университета, 2011. 296 с.
- Tumanov, V.A. & Entin, L.M. (eds.) (2002) *Commentary on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its practice*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. М.: Норма, 2002. 336 с.

- Turan, H. (2016) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk hukukunda adil yargılanma hakkı*. Ankara, Adalet Yayınevi. (in Turkish).
- Vasyaev, A.A. & Knyaz'kin, S.A. (2015) *European Standards for Fair Criminal Trials*. 2nd ed. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
Васяев А.А., Князькин С.А. Европейские стандарты справедливого судебного разбирательства по уголовным делам. 2-е изд. М.: Юрлитинформ, 2015. 312 с.
- Voskobitova, M.R. (ed.) (2005) *Standards of the European Court of Human Rights and Russian law enforcement practice: Collection of analytical articles*. Moscow, Anaharsis Publ. (in Russian).
Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей / Под ред. М.Р. Воскобитовой. М.: Анахарсис, 2005. 528 с.
- White, R. & Ovey, C. (2010) *The European Convention on Human Rights*. New York, Oxford University Press.

About the author:

Fardin Y. Khalilov — PhD in Law, Chief Researcher of the Department of Scientific Research and Doctoral Studies, The Justice Academy of the Ministry of Justice of the Azerbaijan Republic; 158 Vidadi srt., Baku, AZ 1000, Azerbaijan Republic

ORCID ID: 0000-0001-9260-2997

e-mail: ph_d@mail.ru

Об авторе:

Халилов Фардин Яшар оглы — доктор философии по праву, главный научный сотрудник отдела научного исследования и докторантуры, Академия Юстиции Министерства Юстиции Азербайджанской Республики; AZ 1000, Азербайджанская Республика, г. Баку, ул. Видади, д. 158

ORCID ID: 0000-0001-9260-2997

e-mail: ph_d@mail.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-622-633

Research Article

Integration of “smart” technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China

Ekaterina P. Rusakova  

Peoples’ Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation
rusakova-ep@rudn.ru

Abstract. The concept of creating digital justice is not quite new in the modern world, but its implementation takes place in various countries in different ways. China has achieved tangible success, where artificial intelligence technologies are gradually being integrated into judicial proceedings. A robot judge is a real mechanism for resolving a dispute, and people's attitude to this form of protection of the fundamental right guaranteed by the state is mixed, but as practice shows, this method is acceptable in the era of the digital revolution. The research purpose is to identify the main trends in the process of integrating “smart” technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China based on artificial intelligence technologies. The research has identified 1) common for all countries stages collaboration between artificial intelligence and humans; 2) various obstacles to introduction into the judicial system of independent units specialising in dispute resolution that are connected with Internet; 3) basic technologies required to create “smart” courts; 4) main tasks for ensuring social guarantees in the digital form of civil rights protection; 5) main trends in the process of digitalization of civil proceedings. The study led to the conclusion that artificial intelligence technologies have deeply penetrated the Chinese justice system, radically changing all judicial activities, as well as procedural institutions. Close cooperation of IT companies, judicial community and government agencies ensured the success of this process.

Key words: digital justice, civil procedure, smart court, artificial intelligence, internet court, robot, virtual judge, information and telecommunications facilities, China

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Funding information. The reported study was funded by RFFR, project number 20-011-00276 “a”.

Article received 27th May 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Rusakova, E.P. (2021) Integration of “smart” technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 622—633. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-622-633

© Rusakova E.P., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Интегрирование «смарт» технологий в гражданское судопроизводство КНР

Е.П. Русакова  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация
rusakova-ep@rudn.ru

Аннотация. Концепция создания цифрового правосудия является в современном мире совершенно не новой, однако ее реализация происходит в разных странах по-разному, ощутимых успехов добился Китай, в котором происходит поэтапная интеграция технологий искусственного интеллекта в судопроизводство. Робот-судья является реальным механизмом разрешения спора, при чем отношение людей к такой форме защиты основного права, гарантированного государством, является неоднозначным, но, как показывает практика в большинстве случаев, такой способ является приемлемым в эпоху цифровой революции. Научно-исследовательской целью подготовленной статьи является выявление основных тенденций процесса интегрирования «смарт» технологий в гражданское судопроизводство КНР, основой которого являются технологии искусственного интеллекта. Выявлены: 1) общие для всех стран мира этапы коллаборации технологий «искусственного интеллекта» и человека; 2) различные препятствия на пути внедрения в судебную систему самостоятельных звеньев, специализирующихся на разрешении споров, имеющих тесную связь с сетью «Интернет»; 3) базовые технологии, необходимые для создания «смарт» судов; 4) основные задачи для обеспечения социальных гарантий в цифровой форме защиты гражданских прав; 5) основные тенденции процесса цифровизации гражданского судопроизводства. Проведенное исследование позволило сделать вывод, что технологии «искусственного интеллекта» глубоко и прочно проникли в правосудие Китая, кардинально изменив всю судебную деятельность, а также процессуальные институты. Тесное сотрудничество представителей IT-компаний, судейского сообщества и государственных органов, обеспечило успешность данного процесса.

Ключевые слова: цифровое правосудие, гражданский процесс, смарт-суд, искусственный интеллект, интернет-суд, робот, виртуальный судья, информационно-телекоммуникационные средства, Китай

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00276 «а».

Дата поступления в редакцию: 27 мая 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Русакова Е.П. Интегрирование «смарт» технологий в гражданское судопроизводство КНР // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 622—633. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-622-633

Introduction

In accordance with the requirements of the fifth five-year plan concerning the reform of the people's courts (2019—2023) and implementation of the five-year plan for the construction of information system in the people's courts (2019—2023), the

task was set to integrate eighty-five innovative information technologies created by Chinese IT manufacturers into the judicial system. Most of them are more or less related to artificial intelligence technologies (Dudin, Frolova, Protopopova, Mamedov, & Odintsov, 2019).

Introductions of robots in the field of law has forced the scientific community of the People's Republic of China to think about the limits of integrating such technologies in both legal proceedings and legal advice. In 2017, a robot named Xiaofa was put into operation in the Beijing Internet court. It answered questions asked by visitors visitors in a child's voice; the main function was to give explanations on complex legal issues in the language of ordinary people. This robot can answer more than 40,000 judicial and 30,000 legal questions, which has significantly accelerated the process of applying to court. The choice of voice is not accidental either, as it allows the litigants to bring their psychological state into balance. Currently China has more than 100 robots in courts across the country; it makes the process of creating intelligent justice more efficient, moreover, some of the robots are specialized, for example, in business, law or specific disputes¹.

Scientists Zhou Shangjun and Wu Miao drew attention to the fact that it is necessary to determine the scope of application of artificial intelligence technologies, as well as to make sure that formulation of algorithms, rules and mechanisms in the process of its application is correct. Artificial intelligence should be considered as actions performed by a machine, but related to human abilities, such as learning, perception, thinking, understanding, recognition, judgment, reasoning, communication, proving, designing, and planning.

- There are three stages of the development of artificial intelligence:
- “weak artificial intelligence” (Artificial Narrow Intelligence);
 - “strong artificial intelligence” (Artificial General Intelligence);
 - “super artificial intelligence” (Artificial Super Intelligence).

These three stages can be correlated with the process of creating digital justice in China. The first stage is characterized by the fact that machines will only process information and systematize it; the second stage is associated with the adoption of autonomous decisions and transfer of various functions related to reasoning and perception; the third stage involves the achievement of human abilities, as well as the possibility of anticipating them by artificial intelligence. However, scientists have not proven the possibility of achieving such results yet.

Thus, only the achievement of the second stage guarantees the receipt of adequate judicial protection, but so far this area reveals a large number of errors and inaccuracies. Besides, society has not formed an clear attitude to robotic justice.

Each of the parties involved in the process of implementing digital subpoenas has different aspirations and objectives, but the main thing should be to achieve a single goal, namely, to ensure protection of the rights and legitimate interests of persons applying to court.

¹ Priya Dialani. Artificial intelligence latest news. Available at: <https://www.analyticsinsight.net/ai-will-have-robot-judges-soon-what-about-human-judges> [Accessed 15th May 2021].

Another ambitious task is to enhance confidence in the judicial form of protection of law due to the widespread demonstration of the “rule of law”. After all, many disputes will be resolved automatically, due to the correct choice of keywords. The decision-making process will be based only on the norms of law while the process will be protected from external interference.

The problem of external influence on the judiciary in some provinces of China can be solved by actively integrating high technologies into the judicial process. All information on court cases will be accumulated on a single server; information placed there can be analyzed by any person with access. Moreover, Internet court may conduct a demonstration of the court session online, if this is not prohibited by law, which also ensures publicity of the process.

We must not forget that China is a country with huge population and rapid economic growth; most of citizens are engaged in commerce, hence the huge number of disputes that arise need to be resolved daily (Zankovsky, et al, 2018; (Khabrieva, 2018). An acute problem is the lack of judicial personnel and, as a result excessive workload of judges. Thus, in 2015, a judge had to resolve more than 300 cases a year; this led to the reduction in the judicial apparatus. With introduction of artificial intelligence technologies, the number of disputes per judge decreased to 228 cases in 2019 (Shi, Sourdin, & Li, 2021).

It should be noted that during the coronavirus pandemic, the judicial system continued to operate normally. A special role in this was played by the Supreme People’s Court, which accepted 39,347 cases, published 28 clarifications and 17 guidelines, and the people’s and specialized courts accepted almost 30,805 million cases, of which 28,705 million cases were resolved in the amount of 7.1 trillion yuan². Most of the acts of the Supreme People’s Court concerned the implementation of the necessary actions by all the people’s courts to ensure online legal proceedings in civil cases, including with the assistance of artificial intelligence technologies, which proved to be effective in regulating the process of digitalization of justice.

“Smart courts”

In 2019, the Supreme People’s Court of China issued a notice (General Office of the Supreme People’s Court, No. 243, 2019), which highlighted the success in creating intelligent courts as well as implementing the goals set by President Xi Jinping to improve the 3.0 courts’ information system. Further efforts should be focused on artificial intelligence technologies, promoting “smart” litigation, intelligent law enforcement and judicial services, as well as monitoring the construction of “smart” courts throughout China (Shi, Sourdin & Li, 2021).

It should be noted that the people’s courts of all levels are obliged to use in their activities the results of the technical achievements of the national IT companies to construct a common, unified and intelligent judicial system. Achieving these goals will

² Report of the work of the Supreme People’s Court for 2020. Available at: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-290831.html> [Accessed 16th May 2021].

allow to build a modern justice system and improve the quality of the judicial form of protecting rights and legitimate interests.

The created judicial information platform has made it possible to conduct proceedings in such a way that the courts of all levels are in constant interaction, and provision of judicial protection is carried out without any intermediate links. Besides, this system has made it possible to consolidate various ways of resolving disputes on a single platform, so the parties will be offered mediation, judicial proceedings, expert opinion, consultation, risk assessment and other mechanisms carried out online (Gaivoronskaya, Miroshnichenko & Mamychev, 2019).

The main goal is to standardize the information support of courts by integrating various applications for filing claims or complaints in the mobile platforms of micro-courts, downloading electronic court files, and building up a blockchain system. The use of technologies such as text recognition, voice interaction, and machine translation allowed introducing the “Intelligent voice cloud platform of the judicial System” responsible for unified management and control of all applications. The results of this process were a fundamental change in the basic approaches to the dispute resolution procedure, regime for providing judicial protection and, most importantly, procedural institutions.

Adoption of a statement of claim for court proceedings now does not depend on the personal considerations of the judge, but only on fulfillment of formal requirements specified on the judicial platform. The same applies to the decision-making; “intelligent search for similar cases, pop-ups with similar cases, evaluation and forecasting of trials, as well as judicial statistics” allow the judge to make a legal decision while maintaining the unity of judicial practice (Vlasenko & Zaloilo, 2016).

In March 2021, the National People’s Congress approved the 14th five-year development plan, which sets out the desire to continue reforming the judicial system. The most important is further implementation of “smart courts”, which transform the Chinese judicial system into a digital form, making it transparent, accessible, efficient and predictable. Such justice system organization will ensure monitoring of compliance with the law throughout the country, and local authorities will not be able to abuse their rights and interfere with the judicial process³.

The concept of creating smart courts demonstrated China’s commitment to the rule of law, not only within the country, but also beyond its borders. Expansion of online dispute resolution mechanisms with the use of various modern technologies and openness of the judicial platform made it possible to achieve social equality in the process of obtaining judicial protection. Many technologies used by judges at all stages of legal proceedings have been replaced with artificial intelligence technologies, so the search for the necessary files and documents on the case, analysis of judicial practice, preparation of court acts and other functions are carried out automatically without any human involvement. On the other hand, higher courts have been given the opportunity

³ Smart Courts and the Push for Technological Innovation in China’s Judicial System. Available at: <https://www.csis.org/blogs/new-perspectives-asia/smart-courts-and-push-technological-innovation-chinas-judicial-system> [Accessed 15th April 2021].

to monitor the activities of lower courts, thereby increasing confidence in justice. Moreover, the task of ensuring the uniformity of judicial practice throughout the country will also be solved.

The openness, transparency and accessibility of trials in smart courts have made them more popular among citizens and lawyers, who for a long time faced difficulties related to getting familiarized with the case materials, procedure for conducting interrogations, searching for evidence and others (Gronic, 2020). Currently, with creation of online court platforms, lawyers have access to a variety of reference services, online search as well as feedback from all participants in the process, which allowed to solve some of the existed problems.

Many courts have created special rooms for lawyers to view multimedia files in the courtroom, making it easier for them to work using modern equipment. Shanghai has set up the platform for serving lawyers, which suggests 24 functions in five categories, including online case registration, file viewing, etc.; some functions are particularly popular among lawyers, among them are online case registration, online payment, automatic scheduling of court sessions, automatic submission of related cases and online application for attaching documents and exchanging evidence. As of the end of December 2016, the platform was used by 1,581 law firms in Shanghai, as well as 309 law firms in other provinces and cities. The platform for lawyers was visited 2.04 million times, an average of 2,345 times a day, including 213,249 requests for cases, and 50,065 cases⁴.

“Internet courts”

The next revolutionary step was the creation of “Internet courts”; there are currently three of them in China, all located in the major commercial provinces of Hangzhou, Beijing and Guangzhou (Huang-Chih, 2020; Rusakova, & Inshakova, 2021).

Their competence includes hearing of civil and administrative cases as a court of first instance at the level of city courts. All of them are connected with business internet activities, namely:

- (1) disputes arising from online purchase and sale agreements, provision of online services as well as small financial loans;
- (2) disputes related to copyright infringement on the Internet;
- (3) disputes concerning violations of personal rights and freedoms on the Internet;
- (4) disputes related to the liability of the manufacturer of goods under online sales contracts;
- (5) Internet domain name disputes; and
- (6) administrative disputes arising from Internet management.

⁴ Development of China’s Court informatization in 2016 and prospect for 2017. Development report on China’s Court informatization, No.1 (2017). Available at: http://www.raduga.com.cn/skwx_eypt/BookReading.aspx?ID=2894 [Accessed 11th May 2021].

It should be noted that we are not talking about courts hearing a dispute online, but about independent courts, where the procedure and actions, as well as procedural documents are carried out through digital technologies (Dudin, et al. 2019). Guangzhou Internet Court created “Electronic Legal Pavilions” based on 5G + 4K technologies. They provide a clear and stable image of the trial during the entire process, which made it possible to increase the efficiency of court’s interaction with the parties located in different corners of the country. The proof process became much easier and more convenient; such types of interrogations as direct and cross-examination, explanation of the parties began to take place online and the interactive mode of legal proceedings solved the problem of delineation of the administrative division of the country.

In 2019, the Beijing Internet Court created a special center for providing so-called smart judicial services in the online mode — “Online Smart Litigation Service Center”, “Mobile micro-court” and a new resource called “Virtual Judge” (Rusakova, Inshakova & Frolova, 2021).

Li Jingwei, vice president of the Beijing Internet Court, for the first time ever presented a general scheme for building up intelligent online court proceedings, including data storage, video mediation and real-time trial management.

In the press release of the Internet court, all the questions of users were answered; most of them were related to the possibility of resolving civil cases by a “virtual judge”. When asked what a virtual judge looks like, Li Jingwei said that it is the result of the combination of various artificial intelligence technologies, having the image of the real judge Liu Shuhang.

Judge Liu Shuhang demonstrated its functions and paid special attention to the fact that since the Beijing Internet Court works around the clock, the court’s services should not be closed, so it was necessary to change the mode and form of obtaining judicial protection, which is perfectly handled by artificial intelligence technologies.

The virtual judge gives clear answers to the parties to questions related to filing a claim, response to the claim, mediation procedure and others; the search is carried out on the basis of downloaded 20 thousand keywords and more than 120 possible answers.

The Mobile Micro-Court app has made it possible to go to court “anytime, anywhere”, including “video mediation”, audit and consultation procedures available through this app on a mobile phone. For the convenience of users, it is possible to view all the case materials, provide evidence and contact all participants.

In Internet courts, the average time for a case is 40 days; a court hearing usually lasts 37 minutes. Almost 80 percent of litigants in Chinese Internet courts are individuals and only 20 percent are legal entities. Ninety eight percent of rulings are not further appealed⁵.

⁵ Tara Vasdani. Robot justice: China’s use of Internet courts. Available at: <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2020-02/robot-justice-chinas-use-of-internet-courts.page> [Accessed 15th April 2021].

Currently, due to the active implementation of technological applications on the judicial platform, the participants in the process have received a faster, more accessible and wide range of services. By the end of 2020, more than 98 percent of courts had opened their websites on the Internet, and provided online access to justice as well as mediation, case information retrieval, and payment for services via mobile phone. All these innovations are aimed not only at meeting the higher demands of the population but also demonstrate the desire to ensure justice through high technology.

Between February 3, 2020 and December 31, 2020, courts across the country handled more than 800,000 cases online, a 160 percent increase over the previous year; the situation with the coronavirus epidemic played an important role.

According to Liu Yanbin, a researcher at the Chinese Academy of Social Sciences, the current task of the Chinese judicial system is to ensure that all judicial data is synchronized into a single database. He said that it was necessary to strengthen the cybersecurity of online judicial platforms and suggested that courts across the country should expand their capabilities to track and eliminate security risks⁶.

Recently, the number of disputes related to copyright infringement has increased to 30,000 cases in 2020. One of the reasons is the active development of online trade in cultural products; in addition, a new type of cases related to copyright infringement on the Internet with the use of emoticons broadly employed in instant messaging and content created by artificial intelligence technologies has appeared⁷

“Artificial Intelligence”

The desire for technological progress has been consistently reflected in various policy initiatives, such as the “Made in China by 2025” strategy, which aims to make China the world’s leading high-tech producer by 2025, and the “Next-Generation Artificial Intelligence Development Plan”, which has the ambitious goal of becoming the world leader in artificial intelligence (AI) by 2030.

The huge popularity of artificial intelligence technologies in the People’s Republic of China has its own specific reasons, including civil proceedings.

Zhou Shangjun and Wu Miao, in their work “The possibilities and limits of artificial intelligence judicial decision-making” (Shangjun & Miao, 2019), drew attention to the fact that with the advent of a robot judge, it is necessary to limit the process of judicial decision-making using artificial intelligence technologies, since currently widely used legal information search systems and expert opinions in the field of jurisprudence are intelligent auxiliary systems, the development and use of which provide technical and empirical basis for intelligent judicial decision-making systems.

⁶ Courts get smarter, more convenient. Beijing Internet Court. Available at: https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2021-04/19/c_348.htm [Accessed 10th May 2021].

⁷ Cao Yin. Beijing Internet Court hears 30,000 online copyright cases. Available at: <https://www.chinadaily.com.cn/a/202104/20/WS607ed421a31024ad0bab9297.html> [Accessed 14th May 2021].

According to Professor Zhou Shang, Southwestern University of Political Jurisprudence, artificial intelligence technologies currently do not have the proper level of knowledge of legal reasoning, legal terminology and empirical knowledge to adequately perform their assigned function, and for this, it is necessary to determine the limits of replacing a human judge with artificial intelligence technologies. In addition, like any other party, China should think about fulfilling its obligations concerning international security. Despite integrating breakthrough technologies in the judicial process, each State should think about the consequences of such process, since this is one of the main guarantees provided to citizens and individuals located on the territory of the State.

Zhou Shangjun Wuku also stressed that idea of creating machine judges even more than a hundred years ago raised concerns with regard to the process of “impersonal” action of the modern rule of law that would become a kind of objectivity in the era of “artificial intelligence” technologies. Replacing a human judge with a robot judge can lead to irreversible consequences and a mixed attitude to justice. On the one hand, technology guarantees unbiased legal decision; on the other hand, it also requires adequate knowledge and skills from persons applying for such protection to properly reflect their claims on the judicial platform in the information and telecommunications network “Internet”.

According to scientist Xu Song, China is tasked with ensuring fair, impartial justice and effectiveness of the judicial system; they can be achieved only through integration of artificial intelligence technologies. This position is explained by the fact that a judge, like any person, is subject to emotions. Their beliefs and feelings may sometimes contradict the norms of the law, hence, as judicial practice shows, decisions on similar cases can be different. Besides, at various stages of the process, the machine can adjust the actions of the persons involved in the case depending on the type of production; it often performs certain actions instead of them (Edwin, & Yong, 2018; Kuznetsov, 2020).

Scientists Zhou Shangjun and Wu Miao presented the basic algorithm of the machine: “External information — processing system — knowledge base — completed task”, such a mechanism allows to search for necessary information, including in law.

It is worth noting that despite the breakthrough steps in this process, currently artificial intelligence technologies are used everywhere in court proceedings, and are limited only by agreement of the parties (Guo, 2021; Guo, 2018).

Conclusion

The ongoing digital revolution has fundamentally changed the judicial system and civil procedure in China. The Chairman of the Supreme People’s Court of China, Qian Xiaochen, said that the judicial form of protecting rights and legitimate interests is more effective, as evidenced by statistics. For example, more than 3,500 people’s courts provide 29 types of judicial services online, and in 2020 alone, more than 10 million cases were heard through WeChat. Placement of other applications on the judicial information platform that offer parties to turn to other ways of resolving

disputes has proved its relevance among the population. Only in one year 13.6 million cases of mediation were conducted, of which 65 percent were successful. He also noted that the judicial community is aimed at overcoming the “digital divide” in society, especially for the elderly; so, when testing new applications, special attention is paid to the needs of different age groups.

The conducted research allows to conclude that Chinese judicial system is adapted to integrate various artificial intelligence technologies as evidenced by judicial practice.

It should be noted that traditional work of court employees is constantly automated: manual records are replaced with machine translation, quick search for necessary information and files, as well as digitization of evidence, significantly accelerated the proceedings and prevented possible inaccuracies in the procedural actions of all participants in the process.

One of the global challenges of legal proceedings is to achieve justice for all persons seeking protection of their rights through strict compliance with the law, which can be achieved, according to scientists and the Government of the People’s Republic of China, through integration of digital technologies. The virtual judge is a source of ensuring the rule of law, free from external influence.

Such approach can lead to the fact that most minor civil disputes will be resolved automatically and the person applying for judicial protection will be deprived of the right to defend their rights in court, to present their arguments and prove their point of view. Court proceedings in the first instance will no longer be the main stage of civil proceedings, where the case is considered on the merits; this may lead to an overload of the appellate instance.

Despite identification of the positive and negative features of artificial intelligence technologies in court proceedings, the limits of replacing a person with a robot completely depend on humans but not on the uncontrolled action of machines.

References / Список литературы

- Dudin, M.N., Shakhov, O.F. & Shakhova, M.S. et al. (2019) Digital Technologies as a Driver of Intellectual Stratification of Human Resources: Socio-Economic Inequality. *International Journal of Recent Technology and Engineering (IJRTE)*. 8 (2), 4436—4440.
- Dudin, M.N., Frolova, E.E., Protopopova, O.V., Mamedov, A.A. & Odintsov, S.V. (2019) Study of innovative technologies in the energy industry: Nontraditional and renewable energy sources. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*. 6 (4), 1704—1713.
- Gaivoronskaya, Y.V., Miroshnichenko, O.I. & Mamychev, A.Yu. (2019) The immodest charm of digitalization. *Legal Concept*. 18 (4), 40—47.
- Guo, M. (2018) China’s cybersecurity legislation, it’s relevance to critical infrastructures and the challenges it faces (Review). *International Journal of Critical Infrastructure Protection*. (22), 139—149.
- Guo, M. (2021) Internet court’s challenges and future in China. *Computer Law & Security Review* (40), 105522. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105522>
- Gronic, I. (2020) Electronic trial in Western Australian civil process. *Eurasian Law Journal*. 12 (151), 60—61. (in Russian).

- Гроник И. Электронное судебное разбирательство в гражданском процессе Западной Австралии // Евразийский юридический журнал. 2020. № 12(151). С. 60-61.
- Huang-Chih, S. (2020) Can Online Courts Promote Access to Justice? A Case Study of the Internet Courts in China. *Computer Law & Security Review*. (39), 105461. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105461>
- Edwin, L. & Yong, C. (2018) Special Cyber Court and E-Court. Available at: <https://gltlaw.my/2018/05/24/special-cyber-court-and-e-court/> [Accessed 21 April 2021].
- Inshakova, A.O., Frolova, E.E., Rusakova, E.P. & Kovalev, S.I. (2020) The model of distribution of human and machine labor at intellectual production in industry 4.0. *Journal of Intellectual Capital*. T. ahead-of-print, No. ahead-of-print. Doi: 10.1108/JIC-11-2019-0257.
- Khabrieva, T.Y. (2018) Law Facing the Challenges of Digital Reality. *Journal of Russian Law*. 9(261), 5—16. Doi: 10.12737/art_2018_9_1. (in Russian).
- Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9 (261). С. 5—16. Doi: 10.12737/art_2018_9_1.
- Kuznetsov, M.N. (2020) The Impact of Digitalization on Some Guidelines for Civil Procedure. *Vestnik of Moscow City University. Series "Legal Sciences"*. 2 (38), 58—67. Doi: 10.25688/2076-9113.2020.38.2.06. (in Russian).
- Кузнецов М.Н. Влияние цифровизации на некоторые руководящие начала гражданского судопроизводства // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2020. № 2 (38). С. 58—67. Doi: 10.25688/2076-9113.2020.38.2.06.
- Rusakova, E.P. & Inshakova, A.O. (2021) Industrial and manufacturing engineering in digital legal proceedings in the Asia-Pacific region: a new level of quality based on data, blockchain and ai. *International Journal for Quality Research*. 15 (1), 273—289.
- Rusakova, E.P., Inshakova, A.O. & Frolova, E.E. (2021) Legal Regulation of Internet Courts in China. In: Popkova E.G., Sergi B.S. (eds.) *Modern Global Economic System: Evolutional Development vs. Revolutionary Leap. ISC 2019*. Lecture Notes in Networks and Systems, V. 198. Pp. 1515—1521. Springer, Cham. Doi: 10.1007/978-3-030-69415-9_167
- Shi, C., Sourdin, T., & Li, B. (2021) The Smart Court — A New Pathway to Justice in China? *International Journal for Court Administration*. 12 (1), 4. Doi: 10.36745/ijca.367
- Vlasenko, N.A. & Zaloilo, M.V. (2016) Concretization and Interpretation of Law as the Creative Content of Judicial Practice. *Journal of Russian Law*. 08 (236), 43—57. Doi: 10.12737/20902 (in Russian).
- Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 08 (236). С. 43—57. Doi: 10.12737/20902
- Zankovsky, S.S., Dudin, M.N., Zinkovsky, S.B., Frolova, E.E. & Kirsanov, A.N. (2018) Studying concepts of the breakthrough economic reforms in selected developed and developing countries and regions of the world: economic and legal aspect. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. (9) 4, 1236—1242.
- Zhou, Shangjun & Wu, Miao (2019) The possibilities and limits of artificial intelligence judicial decision-making. *Journal of East China University of Political Science and Law*. (1), 53—66. (in Chinese).
- 周尚君, 伍茜. 人工智能司法决策的可能与限度 // 华东政法大学学报. 2019. № 1. С. 53—66.

About the author:

Ekaterina P. Rusakova — Candidate of Legal Science, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedural Law and Private International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru

Об авторе:

Русакова Екатерина Петровна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса и международного частного права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

CIVIL LAW

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-634-653

Научная статья

Ликвидационный неттинг в Европейском Союзе: договорная практика и унификация правового регулирования

А.П. Клементьев  

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация
 aklementiev@hse.ru

Аннотация. Приводится общая характеристика правового регулирования ликвидационного неттинга в законодательстве ЕС, а также осуществляется анализ основных положений стандартной документации, применяемой для неттинга на пространстве Европейского союза. Ликвидационный неттинг представляет собой процесс прекращения финансовых сделок, используемый при нарушении обязательств сторонами рамочных соглашений, в том числе с участием банков и иных финансовых институтов. В настоящее время законодательство ЕС о неттинге представлено двумя основными направлениями (режимами регулирования), к которым относится пруденциальный режим и режим несостоятельности. Первый из данных режимов применяется к банкам и финансовым институтам и регулирует требования в отношении финансовых нормативов и нагрузки на капитал кредитных организаций. Более сложным является режим несостоятельности, поскольку он представлен совокупностью различных директив и регламентов, затрагивающих действие неттинга в ходе процедур банкротства. В недавнем прошлом режим несостоятельности претерпел важнейшие изменения, что ознаменовало переход от безусловной законодательной поддержки неттинга без каких-либо изъятий к более взвешенной политике, направленной на ограничение ликвидационного неттинга в отношении системно значимых финансовых организаций.

Ключевые слова: право ЕС, ликвидационный неттинг, финансовое обеспечение, несостоятельность, банкротство, санация банков, ЕС

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 16 января 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Клементьев А.П., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Клементьев А.П. Ликвидационный неттинг в Европейском Союзе: договорная практика и унификация правового регулирования // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 634—653. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-634-653

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-634-653

Research Article

Close-out netting in the European Union: contract practice and unification of legal regulation

Aleksey P. Klementyev  

National Research University Higher School of Economics (NRU HSE),
Moscow, Russian Federation
 aklementiev@hse.ru

Abstract. The article focuses on the general characteristics of the European Union legal framework pertaining to close-out netting; it offers analysis of standard documentation provisions used within European Union for netting. Close-out netting is the process of termination of financial transactions by the parties in case of violation of obligations under master agreements, often with participation of banks and other financial institutions. Currently, EU legislation on netting consists of two major parts (regulatory regimes): the prudential regime and the insolvency regime. The former addresses banks and financial institutions regulating requirements for financial ratios and capital adequacy of these organizations. The insolvency framework is the most complex of the said legal regimes as it is comprised of various directives and regulations affecting performance of netting in the course of bankruptcy procedures. In recent years, the insolvency regime has undergone immense change marking the transition from unconditional legislative support of netting without any exemptions to a more balanced approach aimed at limiting close-out netting possibilities with respect to systematically important financial organizations.

Key words: EU law, close-out netting, financial collateral, insolvency, bankruptcy, bank resolution, the European Union

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 16th January 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Klementyev, A.P. (2021) Close-out Netting in the European Union: contract practice and unification of legal regulation. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 634—653. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-634-653

Введение

С определенной долей условности ликвидационный неттинг (close-out netting) следовало бы охарактеризовать как способ прекращения обязательств по финансовым сделкам, используемый при наступлении банкротства или иных событий, свидетельствующих об ухудшении экономического положения одной из сторон таких сделок. Сами финансовые сделки, под которыми для целей

настоящей статьи будут пониматься операции, совершаемые на внутренних и международных финансовых рынках, являются существенным компонентом мировой экономики. Совокупный мировой объем внебиржевых сделок с деривативами (производными финансовыми инструментами) превышает 15 трлн долларов¹, а объем рынка репо в Европейском союзе (далее — «ЕС») оценивается в 8 трлн евро².

В силу большого объема финансовых сделок на первый план выходит вопрос о снижении связанных с ними рисков, и одним из таких способов выступает ликвидационный неттинг (Böger, 2013:233; Bliss & Kaufman, 2006:60; Wessels, 1997:188), который служит своего рода «защитным «щитом» (protective shield) в отношении огромного финансового рынка (Paulus, 2015:542). В благоприятном экономическом эффекте ликвидационного неттинга кроется причина его поддержки со стороны авторитетных международных организаций и ассоциаций в области унификации частного права и регулирования финансовых рынков. К их числу относятся ИОСКО³, Базельский комитет по банковскому надзору⁴, ЮНСИТРАЛ⁵ и УНИДРУА⁶. На обеспечение законодательного признания ликвидационного неттинга в значительной степени направлена деятельность Международной ассоциации по свопам и деривативам (ISDA), наиболее влиятельной организации на глобальных финансовых рынках (Lipovtsev, 2012:115).

Под воздействием этого подхода формировалось и отношение властей ЕС к прекращению договорных обязательств по финансовым сделкам путем неттинга. По мнению Европейской комиссии, «ликвидационный неттинг обладает важностью для эффективности финансовых рынков, снижает кредитный риск и позволяет финансовым институтам снизить нагрузку на капитал»⁷. Исходя из этих свойств ликвидационного неттинга в ЕС был принят ряд директив и регламентов, которые условно можно разделить на две группы. Первая группа (пруденциальный режим) представлена актами, регулирующими учет неттинга в ходе деятельности финансовых институтов, в то время как вторая группа актов

¹ Global OTC derivatives market. Available at: <https://stats.bis.org/statx/srs/table/d5.1?f=pdf> [Accessed 19th June 2021].

² International Capital Market Association European Repo Market Survey Number 40. Available at: <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Repo/Surveys/ICMA-European-repo-market-survey-number-40-conducted-December-2020-230321v2.pdf> [Accessed 19th June 2021].

³ A Resolution on Providing Certainty of the Enforceability of Netting Arrangements for Over-the-Counter Derivatives Transactions Passed by the Presidents' Committee September 1996. Available at: <http://www.iosco.org/library/resolutions/pdf/IOSCORES13.pdf> [Accessed 19th June 2021].

⁴ The Supervisory Recognition of Netting for Capital Adequacy Purposes Consultative proposal by the Basle Committee on Banking Supervision Basle 1993. Available at: <http://www.bis.org/publ/bcbs11c.pdf> [Accessed 19th June 2021].

⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf [Accessed 19th June 2021].

⁶ UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities. Available at: <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf> [Accessed 19th June 2021].

⁷ Report from the Commission to the European Parliament and the Council Evaluation Report on the Financial Collateral Arrangements Directive (2002/47/EC). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52006DC0833> [Accessed 19th June 2021].

(режим несостоятельности) направлена на обеспечение надлежащего функционирования ликвидационного неттинга накануне и в ходе банкротства.

В настоящей статье будут последовательно рассмотрены основные термины, связанные с применением неттинга, и приведены примеры соглашений о неттинге, используемых в ЕС. Сам механизм ликвидационного неттинга будет описан на основе одного из таких соглашений, которое подготовлено крупнейшим объединением банковских ассоциаций в регионе. Основная часть публикации посвящена характеристике используемых на территории ЕС правовых режимов ликвидационного неттинга, а в заключении автор делает выводы в отношении достаточности регулирования неттинга в ЕС и основных тенденций в данной области.

Неттинг, ликвидационный неттинг, положение о ликвидационном неттинге и соглашение о неттинге: соотношение понятий

Поскольку неттинг является термином, применяемым в большей степени среди профессионалов в области финансовых рынков, необходимо краткое введение в терминологию, которая будет использоваться в настоящей статье. Под неттингом следует понимать процесс, посредством которого обязательства, имеющиеся у определенного контрагента, и обязательства по отношению к такому контрагенту могут быть зачтены друг против друга (Nasseti, 1995:145). Существует несколько видов неттинга (Walters, 2020:574), но наиболее часто упоминаются платежный неттинг (“settlement netting” или “payment netting”), новационный неттинг (netting by novation) и ликвидационный неттинг (close-out netting) (Paulus, 2015:542). С точки зрения количества участников неттинга выделяется двухсторонний (bilateral) и многосторонний (multilateral) неттинг (Wessels, 1997:188).

Простейшей разновидностью неттинга является платежный неттинг, для осуществления которого стороны договариваются о взаимозачете обязательств с одной и той же датой исполнения и в одной и той же валюте (Cranston, et al., 2018:350). Платежный неттинг используется в ходе нормальной деятельности платежеспособной фирмы и имеет максимальное сходство с обычным зачетом (set-off) (Werner, 2012:50). Новационный неттинг также применяется в отношении однородных обязательств, однако в этом случае прекращение осуществляется на более раннем этапе, т. е. с каждой последующей сделкой, а не в дату расчетов. Таким образом, каждая новая сделка «сливается» с предыдущей, причем этот процесс может происходить как автоматически, так и путем обмена подтверждениями (Nasseti, 1995:146).

Пожалуй, наименьшее сходство с зачетом имеет ликвидационный неттинг, поскольку его предметом выступают неоднородные обязательства с разными сроками исполнения (Cranston, et al., 2018:350). Формулирование точного определения ликвидационного неттинга представляется непростой задачей (Paulus, 2015:542), поэтому среди исследователей нет единства в этом вопросе. По имеющимся доктринальным определениям ликвидационный неттинг представляет

собой процесс, состоящий из двух или трех стадий. Согласно первому подходу, данный вид неттинга осуществляется путем прекращения (*Beendigung*) финансовых контрактов и взаимозачета (*Verrechnung*) или сальдирования (*Saldierung*) требований по ним (Casper, 1996:34, Fuchs, 2013:46). В соответствии со вторым подходом ликвидационный неттинг включает в себя досрочное прекращение обязательств, их оценку и взаимозачет (Benjamin, 2007:268).

Соответствующее договорное положение, в силу которого осуществляется ликвидационный неттинг, представляет собой «положение о неттинге». Его легальная дефиниция, хоть и ограниченная случаями использования финансового обеспечения (*financial collateral*), приведена в пункте (n) статьи 2(1) Директивы № 2002/47/ЕС (далее — «Директива об обеспечении»): положение о ликвидационном неттинге означает положение договора или закона, согласно которому при наступлении обращения взыскания на финансовое обеспечение обязательства сторон подлежат немедленному исполнению (акселерации) или прекращению и оценке с целью выявления нетто-суммы, которая подлежит уплате одной из сторон.

Представляется, что наиболее полное определение ликвидационного неттинга было предложено ISDA в модельном законодательстве о ликвидационном неттинге. Ассоциация не только является разработчиком наиболее популярных в мире производных финансовых инструментов рамочных соглашений (GuyLaine, 2009:15), но и выступает постоянным проводником идеи об уменьшении рисков по соглашениям о неттинге (Paulus, 2015:543). В рамках этой деятельности ISDA стала автором последнего по времени принятия стандарта в области правового регулирования неттинга — Модельного закона ISDA о неттинге 2018 г. (далее — «Модельный закон ISDA 2018») ⁸, опубликованного 15 октября 2018 г.

Если изложить предусмотренное в Модельном законе ISDA 2018 г. определение неттинга максимально кратко, то неттингом является действие (*operation*) договорных положений, направленное на (i) прекращение, ликвидацию и/или акселерацию прав требования или обязательств по одному или нескольким финансовым сделкам, (ii) подсчет или оценку стоимости таких прав и обязательств и конвертацию их стоимости в единую валюту и (iii) определение нетто-баланса стоимостей путем зачета или иным способом. Если говорить о практических аспектах применения неттинга, то соответствующие положения, как правило, содержатся в рамочных соглашениях (Wessels, 1997:188; Jonson, 2015:112), которые в силу наличия положений о неттинге часто называют соглашениями о неттинге.

Определение соглашения о неттинге, предложенное ISDA, звучит следующим образом: «Соглашение о неттинге означает соглашение между двумя лицами, предусматривающее неттинг, включая, без ограничения, (a) соглашение, предусматривающее неттинг сумм, причитающихся по одному или нескольким соглашениям о неттинге; (b) обеспечительный договор, относящийся к или

⁸ 2018 ISDA Model Netting Act and Guide Available at: <https://www.isda.org/2018/10/15/2018-model-netting-act-and-guide> [Accessed 19th June 2021].

являющийся частью соглашения о неттинге»⁹. Банк для международных расчетов под соглашением о неттинге понимает прежде всего соглашения о неттинге ISDA, что подчеркивает важность договорных стандартов ассоциации. Согласно глоссарию Банка для международных расчетов, соглашением о неттинге является договор, который позволяет осуществить неттинг сумм, причитающихся по сделкам, подчиненным разным соглашениям, часто включающим одно или более Генеральных соглашений ISDA¹⁰.

Разумеется, международные соглашения о неттинге, которые фактически претендуют на роль источника *lex mercatoria* (Lipovtsev, 2012:82) и могут находиться в поле зрения Банка для международных расчетов, не ограничиваются стандартной документацией ISDA. К примеру, трансграничные операции РЕПО осуществляются путем заключения сделок на основе документации, подготовленной Международной ассоциацией по рынкам капитала (ICMA), основой которой выступает генеральное соглашение General Master Repurchase Agreement (GMRA). Сделки займа ценными бумагами могут быть совершены на основе генерального соглашения Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA)¹¹.

В том, что касается соглашений о неттинге для сделок, базовым активом которых является иностранная валюта, видные позиции занимает Комитет по валютным операциям (Foreign Exchange Committee, FXC), под руководством которого было подготовлено несколько генеральных соглашений для форвардных и опционных договоров, которые характеризуются использованием всех трех распространенных разновидностей неттинга. К примеру, генеральное соглашение IFEMA (International Foreign Exchange Master Agreement) содержит положения о платежном, новационном и ликвидационном неттинге¹².

Понятие “netting agreement”, переведенное на русский язык как «соглашение о взаимозачете», упоминается в Руководстве для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (далее — «Руководство ЮНИСТРАЛ»)¹³. Хотя правовое регулирование неттинга в ходе банкротства и не является основной целью документа, рекомендации 101—107 Руководства ЮНСИТРАЛ позволяют в случае принятия соответствующего законодательства оградить ликвидационный неттинг от негативного влияния императивных норм конкурсного права. Под «соглашением о взаимозачете» в этом документе понимается форма финансового договора между двумя или более сторонами, предусматривающего определенные действия, к числу которых могут относиться чистый расчет по платежам, прекращение сделок с расчетом восстановительной стоимости или зачет сумм по двум или более соглашениям о взаимозачете.

⁹ 2018 ISDA Model Netting Act and Guide Available at: <https://www.isda.org/2018/10/15/2018-model-netting-act-and-guide> [Accessed 19th June 2021].

¹⁰ BIS Glossary Updated 1 April 2019. Available at: <https://www.bis.org/statistics/glossary.htm?&selection=214&scope=Statistics&c=a&base=term> [Accessed 19th June 2021].

¹¹ Global Master Securities Lending Agreement Version: January 2010 Accessed at: <https://www.isla.co.uk/gmsla-title-transfer/> [Accessed 19th June 2021].

¹² International Foreign Exchange Master Agreement. Available at: <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/microsites/fmlg/files/ifema.pdf> [Accessed 19th June 2021].

¹³ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf [Accessed 19th June 2021].

Последней по времени принятия дефиницией неттинга в ЕС союзе является определение, предложенное законодателем в Директиве № 2014/59/ЕС (далее — «Директива о санации»). Согласно с пп. 98 п. 1 ст. 2 Директивы о санации договоренностью о неттинге (netting arrangement) является договоренность (arrangement), в соответствии с которой определенное количество требований или обязательств может быть конвертировано в единое нетто-требование, включая договоренности о ликвидационном неттинге. В последнем случае Директива о санации в том числе ссылается на уже озвученное определение положения о ликвидационном неттинге, представленное в Директиве об обеспечении.

Стандартные соглашения о неттинге в практике финансовых рынков ЕС

Ликвидационный неттинг является неотъемлемой частью стандартных соглашений для заключения финансовых сделок, которые разрабатываются и публикуются профессиональными ассоциациями, представляющими интересы участников финансовых рынков ЕС. К числу таких ассоциаций можно отнести Европейскую банковскую федерацию (European Banking Federation), объединяющую 32 национальных банковских ассоциации европейского банковского сектора, а также национальные ассоциации — Французскую банковскую федерацию (La Fédération bancaire française), Немецкий банковский союз (Bundesverband deutscher Banken), Испанскую банковскую ассоциацию (Asociación Española de Banca) и Испанскую конфедерацию сберегательных банков (Confederación Española de Cajas de Ahorros).

При этом названия самих соглашений часто указывают на характер сделок, заключаемых в соответствии с ними. В особенности это утверждение является релевантным для внебиржевых деривативных или срочных сделок, для которых использование рамочных соглашений является широко распространенной практикой (Benzler, 1999:37). Например, во Франции используется Рамочное соглашение об операциях на срочных рынках (Convention-Cadre relative aux Opérations de Marché à Terme), в Германии для целей заключения сделок с производными финансовыми инструментами на срочном рынке применяется Рамочное соглашение для срочных финансовых сделок (Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte, DRV)¹⁴.

Частое использование в Европе (Johansson, 2009:71) находит региональный рамочный договор — Генеральное соглашение по финансовым сделкам (далее — European Master Agreement, ЕМА), на основе которого также могут заключаться сделки на срочном рынке. Подготовленное Европейской банковской федерацией (ЕВФ), данное соглашение пока не может составить существенную конкуренцию генеральным соглашениям ведущих международных ассоциаций, хотя увеличение частоты его использования и возможно в будущем. Например, по данным

¹⁴ NAFMII Master Agreement (2009 VERSION). Available at: https://www.asifma.org/wp-content/uploads/2018/05/nafmii_master_agreement_2009.pdf [Accessed 19th June 2021].

Belfius Bank¹⁵, большинство внебиржевых финансовых сделок заключается данным финансовым институтом на основе соглашений GMRA, ISDA и GMSLA, а доля ЕМА является значительной только в отношении деривативных договоров (28%).

Тем не менее, поскольку ЕМА является единственным носящим международный характер соглашением, специально созданным для использования в ЕС, представляется необходимым уделить ему самое пристальное внимание. Наиболее актуальной версией ЕМА является соглашение, подготовленное ЕВФ в сотрудничестве с Европейской федерацией сберегательных банков (European Savings Banks Group) и Европейской ассоциацией кооперативных банков (European Association of Cooperative Banks) в 2020 г., сменившее более раннюю версию 2014 г. С точки зрения структуры ЕМА 2020 состоит из двух частей: Общих положений (General Provisions)¹⁶ и Особых положений (Special Provisions)¹⁷.

Отдельные сделки, подчиняющиеся условиям ЕМА, могут заключаться как устно, так и при помощи других способов коммуникации¹⁸, при этом незамедлительно после достижения договоренности о сделке стороны должны осуществить обмен подтверждениями, содержащими ее условия, однако отсутствие таких подтверждений не оказывает влияния на действительность сделок¹⁹. Раздел 3 соглашения предусматривает порядок осуществления платежей и исполнения обязательств, в соответствии с которым стороны обязаны осуществлять платежи или поставку ценных бумаг по сделкам в соответствии с их условиями, за исключением случаев, когда одна из сторон допустила нарушение обязательств.

Стандартные условия отдельных сделок находят отражение в так называемых «продуктовых» приложениях (Product Annexes), таких как Приложение для сделок репо (Product Annex for Repurchase Transactions), Приложение для займов ценных бумаг (Product Annex for Securities Loans Transactions), Приложение для деривативов (Product Annex for Derivative Transactions). Раздел 4 ЕМА включает в себя набор классических заверений, применимых в коммерческих контрактах, такие как надлежащая регистрация и существование контрагента, наличие корпоративных одобрений, полномочий на заключение соглашения, отсутствие нарушений законодательства и корпоративных документов, получение необходимых согласований государственных органов, действительность обязательств.

Положения о неттинге включены в разделы 3, 6 и 7 соглашения ЕМА. Если в уже упоминавшемся разделе 3 соглашения идет речь о платежном неттинге, то разделы 6 и 7 регулируют более сложную процедуру ликвидационного неттинга.

¹⁵ European Master Agreement: experience at Belfius Bank Frankfurt, ECB — OMG meeting June 3rd 2019. Available at: https://www.ecb.europa.eu/paym/groups/pdf/omg/2019/201906/2019-06-03_OMG_Item2_European_Master_Agreement_views_of_Belfius.pdf?cc51ea798d701e060edc99e2c48c3fe6 [Accessed 19th June 2021].

¹⁶ Master Agreement for Financial Transactions General Provisions Edition 2004. Available at: <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/07/02GeneralProvisions-Edition2004-2004-02690-01-E.pdf> [Accessed 19th June 2021].

¹⁷ Master Agreement for Financial Transactions. Special Provisions. Available at: <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/07/EMA-Special-Provisions-final.docx> [Accessed 19th June 2021].

¹⁸ Пункт 2(1) Общих положений 2020 г.

¹⁹ Пункт 2(1) Общих положений 2020 г.

Основаниями для его осуществления являются события неисполнения (events of default), к числу которых относятся неосуществление поставки и платежа, событие банкротства, нарушение обязательств по специальным сделкам, кросс-дефолт, недействительность обеспечения и иные основания. Отдельно выделяется прекращение вследствие изменения обстоятельств (change of circumstances), к которым относятся налоговые события, незаконность, невозможность исполнения обязательств и ухудшение финансового состояния стороны соглашения вследствие корпоративной реорганизации.

При наличии события неисполнения контрагент допустившей возникновение такого события стороны может направить ей уведомление о прекращении обязательств по всем сделкам и назначить дату досрочного прекращения, которая должна наступить не позже 20 календарных дней с даты направления такого уведомления. В случае ликвидации или введения процедур банкротства прекращение обязательств осуществляется в автоматическом порядке, если стороны не предусмотрели иное в Особых положениях. В целом «запуск» ликвидационного неттинга без уведомления в случае банкротства является довольно распространенным явлением, в связи с чем на возможность автоматического осуществления ликвидационного неттинга неоднократно обращалось внимание и в доктрине (Vöger, 2013:235; Keijser, 2014:58).

При прекращении обязательств вследствие изменения обстоятельств прекращение осуществляется в отношении не всех, а лишь затронутых соответствующим событием сделок. Кроме того, в некоторых случаях применяются периоды ожидания (waiting periods) и возможность осуществить передачу обязательств по затронутым сделкам филиалам контрагента или иным лицам.

Составители документации ЕМА оперативно реагируют на изменения регуляторного ландшафта. В частности, в ответ на принятие Регламента EMIR²⁰ и Делегированного законодательства²¹ EBF опубликовала специальное приложение EMIR Annex. В целом Регламент EMIR устанавливает единые правила для совершения внебиржевых сделок с производными финансовыми инструментами с целью снижения риска, связанного с этими сделками, а также своевременного предоставления отчетности по сделкам регулирующим органам. Соответственно, приложение EMIR Annex предусматривает направление информации о сделках торговому репозитарию, своевременное подтверждение факта заключения сделок и осуществление так называемой реконсиляции (reconciliation), т. е. сверки взаимных требований по заключенным контрактам.

Вопрос о праве, применимом к соглашениям о неттинге, заключаемым в ЕС, не представляет особой сложности, поскольку договорное право ЕС было

²⁰ Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0648> [Accessed 19th June 2021].

²¹ Commission Delegated Regulation (EU) No 149/2013 of 19 December 2012 (“Regulation No 149/2013”). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0149> [Accessed 19th June 2021].

унифицировано путем принятия Регламента Рим I²², а ранее путем принятия Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам. Пункт 3(1) Регламента Рим I предусматривает, что договор должен регулироваться правом, избранным сторонами²³. При этом такой выбор может быть прямо выражен или проистекать из обстоятельств дела. Поскольку наиболее широко применяемые на практике соглашения о неттинге содержат положения о применимом праве (Böger, 2013:237), то к отношениям по неттингу с участием юридических лиц из ЕС будет применяться право, указанное в таком соглашении.

Отличительной чертой ЕМА является возможность более свободного выбора договорного статута, нежели чем в других соглашениях о неттинге. В частности, в Разделе 11 ЕМА «Применимое право, юрисдикция и арбитраж» указано, что само соглашение и любые внедоговорные обязательства, возникающие в связи с ним, регулируются и толкуются в соответствии с правом, избранным сторонами в Особых положениях соглашения, которые, в свою очередь, дают сторонам возможность указания любого применимого права. Если же такой выбор не осуществлен, то согласно пункту 11(1) ЕМА применяется право страны, в которой находятся основные офисы (principle offices) сторон.

Пруденциальный режим правового регулирования неттинга в ЕС

Будучи направленным на поддержание финансовых институтов «на плаву» (as a going concern) (Cranston, et al., 2018:31), пруденциальное регулирование является частью банковского регулирования и ставит своей целью «обеспечение стабильного и надежного функционирования банковской системы государства в целом, а также защиту интересов вкладчиков» (Erpyleva, 2011:25). Одним из компонентов пруденциального регулирования выступает установление минимальных требований к достаточности капитала, внедрение которых было вызвано агрессивной политикой кредитных организаций под воздействием конкуренции в банковском секторе в 60-е и 70-е гг. (Erpyleva, 2004:182).

Ведущая роль в этом процессе на глобальном уровне принадлежит Базельскому комитету по банковскому надзору (далее — «Базельский комитет»). Изначально стандарт Базельского комитета «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала»²⁴, также известный как Базель I, не признавал ликвидационный неттинг для целей уменьшения нагрузки на капитал. Причиной для такого отношения являлось опасение, что ликвидатор контрагента банка отвергнет договор, являющийся невыгодным для должника (Paul, 1995:93). При этом, не желая создавать стимулы для отказа от использования

²² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> [Accessed 19th June 2021].

²³ Более того, преамбула Регламента Рим I прямо указывает, что «свобода сторон выбирать подлежащее применению право должна выступать одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в области договорных обязательств».

²⁴ International convergence of capital measurement and capital standards. Available at: <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.htm> [Accessed 19th June 2021].

ликвидационного неттинга, Базельский комитет указал, что продолжит работу над оценкой допустимости различных видов неттинга.

Итогом этой работы стала публикация Консультативного предложения Базельского комитета в апреле 1993 г., установившего минимальные критерии для признания ликвидационного неттинга. Такими критериями выступили: (1) наличие договора или контракта о неттинге с определенными условиями, (2) наличие юридического заключения о действительности неттинга во всех применимых юрисдикциях и (3) применение процедур по отслеживанию изменений в законодательстве.

В 1994 г. в стандарт Базель I были внесены изменения, направленные на внедрение этих предложений (Paul, 1995:93), а в 2004 г. был опубликован обновленный стандарт Базельского комитета «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала: новые подходы» (Базель II)²⁵, содержащий положения о неттинге. Признание двусторонних соглашений о неттинге осуществлялось при наличии определенных положений в самих соглашениях и наличии уверенности в том, что они будут юридически исполнимыми (legally enforceable) в каждой затронутой юрисдикции при наступлении события неисполнения вне зависимости от несостоятельности или банкротства контрагента²⁶.

Международные стандарты регулирования банковской деятельности всегда оказывали влияние на правовое регулирование этого сектора в ЕС — еще на рубеже 80—90-х гг. норматив достаточности капитала регулировался посредством трех директив (Erpyleva, 2004:198). Современное пруденциальное регулирование на территории ЕС представлено так называемым пакетом CRD IV, который состоит из Директивы № 2013/36/ЕС²⁷ и Регламента (ЕС) № 575/2013²⁸. Данный пакет регулирования был предложен Европейской комиссией 20 июля 2011 г. и предназначен для реализации требований стандарта Базель III.

Оба документа требуют совместного прочтения согласно их преамбулам, однако положения о неттинге содержатся в Регламенте (ЕС) № 575/2013, вступившем в силу с 1 января 2014 г. Статья 296 данного документа носит название «признание договорных соглашений о неттинге» и содержит требования для признания неттинга уполномоченными органами стран ЕС для целей пруденциального регулирования. Данные положения почти дословно повторяют требования выше озвученных стандартов Базельского комитета. Соглашения о неттинге должны быть юридически действительными и подлежащими принудительному исполнению во всех применимых юрисдикциях, предоставлять возможность

²⁵ International convergence of capital measurement and capital standards. Available at: <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf> [Accessed 19th June 2021].

²⁶ Пункт 173 Стандарта Базель II. International convergence of capital measurement and capital standards. Available at: <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf> [Accessed 19th June 2021].

²⁷ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0036> [Accessed 19th June 2021].

²⁸ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32013R0575> [Accessed 19th June 2021].

прекращения сделок «исправному» контрагенту и содержать возможность зачета неттинга в отношении полученных сумм.

Таким образом, важное место в уменьшении нагрузки на капитал путем заключения соглашений о неттинге в ЕС занимают юридические заключения о неттинге. Как правило, такие заключения публикуются профессиональными ассоциациями, ответственными за подготовку стандартной документации по финансовым сделкам. К примеру, ISDA регулярно обновляет информацию о полученных юридических заключениях — в настоящее время ассоциацией получены заключения об исполнимости неттинга (*netting opinions*) из 75 юрисдикций²⁹. EBF предоставляет заключения в отношении своих стандартных соглашений по запросу³⁰.

Для получения юридического заключения соответствующая ассоциация самостоятельно выбирает юридического консультанта и задает ему вопросы, ответы на которые необходимы для соответствия критерием пруденциального регулирования неттинга в ЕС. К примеру, в запросе на предоставление очередного юридического заключения (*Request for New Advice*)³¹ ISDA выясняет возможность прекращения всех сделок по генеральному соглашению путем направления уведомления или в автоматическом порядке (*automatic early termination*), возможность принудительного исполнения положений о взаимозачете образовавшихся сумм и допустимость использования иностранной валюты в отношении прекращаемых обязательств в ходе банкротства.

В некоторых случаях принципиальное значение имеет порядок прекращения обязательств в ходе ликвидационного неттинга. К примеру, в юридических заключениях по праву Германии и России указано, что для признания неттинга в этих юрисдикциях целесообразно использовать опцию с автоматическим прекращением (*Raech*, 2014:428), поскольку законодательство этих стран предусматривает, что при введении процедур несостоятельности все сделки, заключенные в рамках генерального соглашения, подлежат прекращению с дальнейшим вычислением нетто-обязательства.

Режим несостоятельности: общая характеристика

В докладе Президента Европейского экономического и социального комитета³², опубликованном еще в 1994 г., подчеркивалась необходимость обеспечения действительности ликвидационного неттинга. В настоящее время режим несостоятельности обеспечивается совокупностью директив и регламентов ЕС,

²⁹ ISDA Opinions Overview. Available at: <https://www.isda.org/opinions-overview> [Accessed 19th June 2021].

³⁰ The EMA Legal Opinions Are Available to Banks Subscribing to the EMA Legal Opinions Program. Available at: <https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/> [Accessed 19th June 2021].

³¹ The legal enforceability of the close-out netting provisions of the ISDA Master Agreement and their consequences for netting on financial statements. Available at: <https://www.isda.org/a/FgiDE/the-effectiveness-of-netting.pdf> [Accessed 19th June 2021].

³² Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a European Parliament and Council Directive amending Council Directive 89/647/EEC with respect to the Supervisory Recognition of Contracts for Novation and Netting Agreements. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:51994AC1001> [Accessed 15th June 2021].

часть из которых непосредственно направлена на регулирование отношений несостоятельности, в то время как другая часть затрагивает вопросы банкротства опосредованно. К первой группе относятся Директива № 2001/24/ЕС «О реорганизации и ликвидации кредитных организаций», а также Директива о санации. Ко второй группе относятся Директива № 1998/26/ЕС «Об окончательности расчета в платежных системах и системах расчета по ценным бумагам» (далее — «Директива о расчетах») и Директива № 2002/47/ЕС «О финансовом обеспечении». При этом общим актом, на основе которого осуществляются процедуры банкротства на территории ЕС, в том числе трансграничного, является Регламент (ЕС) № 2015/848, принятый 20 мая 2015 г.

Неттинг упоминается в преамбуле к Регламенту (ЕС) № 2015/848 в контексте Директивы о расчетах. Пункт 71 преамбулы данного нормативного акта подчеркивает, что единственным статутом, применяемым по отношению к платежным системам, в которых осуществляется неттинг, является законодательство страны, применимой к соответствующей платежной системе или рынку. В иных положениях Регламента (ЕС) № 2015/848 какое-либо упоминание о неттинге отсутствует, однако в документе содержатся положения о порядке осуществления взаимозачета. Так, пункт 1 статьи 9 Регламента (ЕС) № 2015/848 предусматривает, что открытие процедур банкротства не должно препятствовать праву кредиторов потребовать взаимозачета их требований по отношению к требованиям должника, если такой взаимозачет разрешен правом, применимым к требованиям несостоятельного должника.

Аналогично в Директиве № 2001/24/ЕС, регулирующей вопросы реорганизации и ликвидации кредитных организаций на территории ЕС, затрагиваются вопросы взаимозачета, который является институтом, близким неттингу. До ее принятия в ЕС не существовало единых правовых норм о порядке проведения мероприятий по финансовому оздоровлению, реорганизации и ликвидации кредитных организаций. Согласно Директиве № 2001/24/ЕС (статья 10) все процедуры банкротства должны осуществляться в соответствии с правом места открытия конкурсного производства в отношении кредитной организации (*lex fori concursus*). Данное право регулирует, в частности, режим имущества кредитной организации, полномочия ликвидатора, условия применения взаимозачета, влияние ликвидационных процедур на действующие договоры, порядок несения расходов.

Директива о расчетах является наиболее ранним нормативным актом, регулирующим процедуру неттинга на территории ЕС, и применяется к платежным системам, которые подчиняются праву любого из государств — членов ЕС вне зависимости от валюты расчетов. При этом под платежной системой понимается формальное взаимодействие между тремя и более участниками, которое отвечает ряду критериев, изложенных в Директиве о расчетах. Участниками платежной системы могут выступать кредитные организации, инвестиционные фирмы, публичные образования, центральные контрагенты, расчетные агенты и клиринговые палаты. Согласно определению неттинга, приведенному в перечне терминов и определений Директивы о расчетах, неттинг представляет собой конвертацию в единое требование или нетто-обязательство прав и обязательств, возникающих

из платежных приказов участников системы, в результате которой только одно нетто-требование может быть предъявлено и только одно обязательство подлежит исполнению.

Данная дефиниция скорее относится к платежному неттингу, а не к ликвидационной форме неттинга, но в разделе 2 «Неттинг и приказы о передаче» Директивы о расчетах присутствуют формулировки, позволяющие отнести данный акт к режиму регулирования ликвидационного неттинга при несостоятельности. В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Директивы о расчетах неттинг должен быть юридически исполнимым (*legally enforceable*) в случае банкротства участника платежной системы при условии, что платежный приказ был направлен в систему до момента открытия процедур несостоятельности. Таким образом, юридическая исполнимость положений о ликвидационном неттинге при несостоятельности обеспечивается в том числе и данной директивой (Mantysaari, 2010:380).

Одним из основных актов ЕС, направленных на упорядочивание отношений по ликвидационному неттингу, является Директива об обеспечении (Böger, 2013:253). Принятию Директивы об обеспечении способствовал значительный рост финансовых рынков ЕС в конце 90-х гг. (Yeowart & Parsons, 2016:5), который выразился в больших объемах обеспечения по сделкам с деривативными инструментами, которое устанавливалось в пользу юридических лиц, зарегистрированных на территории ЕС. При этом законодательство отдельных государств — членов ЕС в данной области различалось, что создавало правовую неопределенность (Chun, 2012:138). Процесс имплементации Директивы об обеспечении был довольно длительным и закончился только в 2005 г. (Lober & Klima, 2006:203).

Директива имеет своей целью создание минимального режима регулирования всех типов обязательств, связанных с торговлей ценными бумагами и валютой, в которых присутствует обеспечение (*collateral*) (Rusen, 2007:250). К примеру, в сделках с внебиржевыми производными финансовыми инструментами ISDA был выработан специфический способ обеспечения обязательств на основе Приложения о кредитной поддержке (*Credit Support Annex*)³³, попадающий в сферу действия Директивы об обеспечении. Применительно к генеральному соглашению ЕМА релевантным примером в контексте данной директивы является Приложение о поддержании маржи с передачей права собственности (*Margin Maintenance Annex (Title Transfer)*)³⁴.

Согласно преамбуле Директивы об обеспечении в целях повышения правовой определенности в области применения механизмов финансового обеспечения государства — члены ЕС устанавливают исключения из определенных положений законодательства о несостоятельности. Данные исключения должны касаться законодательных актов, сдерживающих эффективную реализацию финансового обеспечения или ставящих под сомнение действительность

³³ Credit Support Annex (CSA). Available at: <https://www.isda.org/tag/credit-support-annex-csa/> [Accessed 19th June 2021].

³⁴ Margin Maintenance Annex (Title Transfer). Edition 2020. Available at: https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2020/06/EMA-Margin-Maintenance-Annex_-2020.pdf [Accessed 19th June 2021].

применяемых процедур, к числу которых относится двусторонний ликвидационный неттинг. При этом возможность принудительной реализации двустороннего ликвидационного неттинга должна быть гарантирована не только в тех сделках, которые в силу своей природы предусматривают передачу титульного обеспечения (например, сделки репо), но и в других финансовых операциях, в которых передача обеспечения является дополнительной опцией (сделки с производными финансовыми инструментами).

Необходимо отметить, что Директива об обеспечении предусматривает дефиницию положения о ликвидационном неттинге, под которым понимается положение механизма (arrangement) финансового обеспечения или механизма, частью которого является механизм финансового обеспечения, или любая норма законодательства, в силу которой при наступлении основания для принудительной реализации обеспечения осуществляется ликвидационный неттинг. При этом непосредственно ликвидационный неттинг может проводиться как путем неттинга обязательств, так и путем зачета обязательств или иным образом при условии, что в процессе его осуществления образуется единое нетто-требование. Данное требование представляет собой разницу расчетной стоимости взаимных обязательств сторон финансовых сделок.

Ликвидационному неттингу также посвящена статья 7 Директивы об обеспечении, в соответствии с которой государства — члены ЕС должны обеспечить действие положений о ликвидационном неттинге в соответствии с их условиями. Данная обязанность должна быть выполнена вне зависимости от введения или осуществления процедур несостоятельности, ликвидации или реорганизации в отношении поставщика или получателя финансового обеспечения. Следовательно, законодательным органам государств — членов ЕС вменяется в обязанность признание ликвидационного неттинга по финансовым сделкам, в которых используется финансовое обеспечение в виде валюты или ценных бумаг. Осуществление такого признания в ходе процедур банкротства и аналогичных мер делает Директиву об обеспечении важнейшим элементом режима несостоятельности в части регулирования ликвидационного неттинга в ЕС (Vardi, 2011:83).

Режим несостоятельности: смена парадигмы

Последним по времени принятия законодательным инструментом в отношении ликвидационного неттинга в праве ЕС является Директива о санации, обозначившая переход от безоговорочного признания неттинга в случае использования финансового обеспечения на рынках ЕС к более взвешенной политике. Как указано в преамбуле данного документа, введение в действие Директивы о санации непосредственно связано с последствиями финансового кризиса 2007—2009 гг. продемонстрировавшего недостаток адекватных инструментов на уровне ЕС, которые позволяли бы разрешать проблемы, связанные с финансовыми затруднениями кредитных организаций и инвестиционных фирм.

Кризис был отмечен изменением отношения со стороны ряда исследователей с требованиями о пересмотре преимуществ ликвидационного неттинга, предоставленных в рамках режима несостоятельности, поскольку в рамках

банкротства Леман Бразерс произошло прекращение большого количества сделок с деривативами (GuyLaine, 2009:16) что стало причиной дальнейшего развития кризиса. Несмотря на озвученные призывы, Банк для международных расчетов подтвердил приверженность неттингу³⁵, но с призывом к установлению небольших перерывов в его осуществлении в отношении финансовых институтов с целью осуществления передачи финансовых контрактов платежеспособному институту (Werner, 2002:50).

Представляется, что принятие Директивы о санации является логическим продолжением подхода к неттингу, озвученным в другом важнейшем документе, являющимся реакцией на последний глобальный финансовый кризис — Ключевых атрибутах эффективных режимов урегулирования несостоятельности финансовых институтов (далее — «Ключевые атрибуты»)³⁶. Данный инструмент «мягкого права» был принят Советом по финансовой стабильности в октябре 2011 г. и затрагивает, помимо прочего, вопросы осуществления неттинга. В связи с этим уяснение положений Директивы о санации является невозможным без обращения к Ключевым атрибутам.

Раздел 4 Ключевых атрибутов носит название «Зачет, неттинг, обеспечение и сегрегация активов клиентов» и состоит из четырех пунктов. В частности, в данном разделе указано, что неттинг не должен служить помехой для эффективного применения мер по урегулированию несостоятельности финансовых институтов. Применение мер по урегулированию несостоятельности не должно являться основанием для досрочного прекращения сделок или акселерации требований по ним. Согласно пункту 4.3 Ключевых атрибутов, если осуществление ликвидационного неттинга по основаниям наступления процедур урегулирования несостоятельности все же будет иметь место, то регуляторный орган (resolution authority) должен иметь право на введение моратория в отношении акселерации и прекращения финансовых сделок.

Такой мораторий (stay) также может быть применен автоматически, но в любом случае должен быть непродолжительным (например, вводиться на срок не более двух рабочих дней) и допускать применение защитных механизмов, а также не распространяться на иные случаи осуществления ликвидационного неттинга, не связанные с восстановлением платежеспособности соответствующего финансового института. Приложение IV к Ключевым атрибутам предусматривает возможность передачи третьему лицу всех договоров, которые охватываются соглашением о ликвидационном неттинге, при этом частичная передача обязательств не допускается. После прекращения моратория исправная сторона соглашения о неттинге имеет право осуществить акселерацию обязательств или прекращение сделок и определить размер нетто-обязательства. Если регулирующий орган уведомит такую сторону о том, что передача договоров не состоится, то ликвидационный неттинг может быть осуществлен до окончания моратория.

Как будет показано далее, указанные выше положения Ключевых атрибутов легли в основу Директивы о санации. Субъектный состав организаций, на

³⁵ Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group. March 2010. Available at: <https://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf> [Accessed 14th June 2021].

³⁶ Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. October 2011. Available at: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf [Accessed 09th June 2021].

которые распространяется действие данной директивы, выглядит следующим образом. Во-первых, это финансовые институты, то есть кредитные организации и инвестиционные фирмы. Во-вторых, это финансовые холдинговые компании и материнские финансовые холдинговые компании, а также филиалы финансовых институтов. При этом в директиве последовательно проводится различие между двумя режимами ее применения — финансовым оздоровлением (*resolution*) и санацией (*recovery*).

Под финансовым оздоровлением понимаются действия, совершаемые для реструктуризации системно значимых финансовых институтов путем использования инструментов финансового оздоровления (*resolution tools*) для достижения целей финансового оздоровления, таких как продолжение осуществления важнейших функций системно значимого института, избегание негативных эффектов воздействия на финансовую систему, сохранение финансовой стабильности, а также минимизация использования бюджетных средств. К числу инструментов финансового оздоровления относятся инструмент продажи бизнеса (*sale of business tool*), использование промежуточного института (*bridge institution*), разделение активов (*separation of assets*) и инструмент *bail-in*.

Статья 68 документа содержит положение о том, что введение мер, предусмотренных директивой, само по себе не является событием обращения взыскания (*enforcement event*) в соответствии с Директивой об обеспечении и процедурой банкротства (*bankruptcy proceedings*) в значении Директивы о расчетах. При введении финансового оздоровления или санации договорные обязанности по платежу, поставке и передаче обеспечения продолжают сохраняться. Таким образом, в отсутствие иных оснований для начала процедур ликвидационного неттинга платежеспособная сторона не сможет прекратить сделки с финансовым институтом, в отношении которого вводятся меры финансового оздоровления (*resolution*) или санации (*recovery*).

Согласно статье 71 Директивы о санации орган ЕС по финансовому оздоровлению и санации имеет возможность приостановить прекращение договорных обязательств с момента публикации сообщения о введении соответствующей процедуры до конца дня, следующего за днем публикации. Следовательно, даже при наличии оснований для ликвидационного неттинга, таких как неисполнение обязательств по платежу или поставке, нарушение финансовых ковенант и других обстоятельств, у платежеспособной стороны будет отсутствовать возможность оперативно прекратить сделки и рассчитать сумму нетто-обязательства, если властями ЕС было принято соответствующее административное решение. Кратковременный мораторий необходим для выбора конкретных мер по санации проблемного финансового института, таких как передача обязательств по сделкам промежуточной организации (*bridge institution*).

Другим важным ограничением на свободу сторон в осуществлении ликвидационного неттинга является институт *bail-in*, предусматривающий трансформацию долга проблемной кредитной организации в ее акции или долговые инструменты. Если регуляторным органом будет принято решение об использовании данного механизма, то конвертация допускается в отношении суммы нетто-обязательства, и орган по финансовому оздоровлению и санации

имеет право самостоятельно осуществить ликвидационный неттинг для возникновения такого нетто-обязательства. Данное положение также является императивным и применяется вне зависимости от воли сторон и наличия оснований для осуществления неттинга, предусмотренных в документации по финансовым сделкам. Порядок исчисления нетто-обязательства, предусмотренный соглашением о неттинге, также не является обязательным для регуляторного органа.

Ограничения в отношении неттинга применительно к финансовым организациям, содержащиеся в Директиве о санации, созвучны положениям Международного стандарта гармонизации правового регулирования неттинга, принятого авторитетнейшей организацией в области унификации частного права — Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА). Принципы УНИДРУА об осуществлении ликвидационного неттинга 2013 г.³⁷ включают в себя Принцип 8, согласно которому законодательные установления о защите ликвидационного неттинга при условиях несостоятельности и банкротства не должны служить препятствием для эффективного осуществления мер, направленных на восстановление платежеспособности финансовых институтов.

Показательно, что аналогичное положение было включено в Модельный закон ISDA 2018 г., хотя ISDA, в отличие от регуляторных органов и международных организаций, в силу характера своей деятельности является более заинтересованной в возможности беспрепятственного осуществления ликвидационного неттинга, нежели чем в сохранении стабильности финансовой системы. Согласно п. 4(j) закона положения раздела 4 Модельного закон ISDA 2018 г., направленные на обеспечение принудительного исполнения положений о неттинге, не затрагивают действие законодательства, вводящего ограничение на прекращение обязательств и неттинг в отношении финансовых институтов.

Заключение

Изучение законодательства о ликвидационном неттинге, выработанного в ЕС, позволяет сделать следующие выводы. Пруденциальный режим ликвидационного неттинга в регионе представлен обладающими прямым действием регламентами, которые в данной части соответствуют актуальным международным требованиям о признании благотворного влияния неттинга на деятельность кредитных организаций и других финансовых институтов. При этом режим несостоятельности, сформированный при помощи директив, рассчитан на дальнейшее принятие локального законодательства, направленного на их имплементацию.

Режим несостоятельности неттинга в ЕС имеет два видимых недостатка, первый из которых носит скорее юридико-технический, а второй — сущностный характер. Во-первых, очевидной является фрагментарность режима несостоятельности, поскольку нормы, относящиеся к данному режиму, содержатся в разрозненных актах, посвященных регулированию расчетов в платежных системах, использованию финансового обеспечения, несостоятельности и восстановлению платежеспособности банков. Представляется, что данная проблема

³⁷ Principles on Close-Out Netting. Available at: <https://www.unidroit.org/official-languages-netting/english> [Accessed 19th June 2021].

не носит решающего характера, поскольку ни ЮНСИТРАЛ, ни УНИДРУА не требуют принятия единого акта в этой области в своих стандартах правового регулирования неттинга.

Что касается сущностного недостатка, то режим несостоятельности не позволяет в полной мере обеспечить принудительное исполнение положений о неттинге на уровне ЕС в условиях банкротства, что делает законодательную защиту неттинга лишь частичной (Johnson, 2015:111, Böger, 2013): судьба положений о неттинге в ходе банкротства зависит от субъектного состава правоотношений, возникающих из финансовых сделок, и использования обеспечения. К счастью, указанный пробел в унификации отношений по неттингу в рамках ЕС восполняется национальным законодательством государств — членов ЕС: по данным ISDA, законы о неттинге приняты в подавляющем большинстве государств Евросоюза³⁸, что делает данное образование «благоприятным» (netting friendly) по отношению к неттингу.

References / Список литературы

- Benjamin, J. (2007) *Financial Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Benzler, M. (1999) *Nettingvereinbarungen im außerbörslichen Derivatehandel (Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht)*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. (in German).
- Bliss, R.R. & Kaufman, G.G. (2006) Derivatives and systemic risk: Netting, collateral, and closeout. *Journal of Financial Stability*. 2 (1), 55—70.
- Böger, O. (2013) Close-out netting provisions in private international law and international insolvency law (Part I). *Uniform Law Review*. 18 (2), 23—261. Doi: 10.1093/ulr/unt014
- Chun, C. (2012) *Cross-border Transactions of Intermediated Securities: A Comparative Analysis in Substantive Law and Private International Law*. Berlin, Heidelberg, Springer.
- Cranston, R., Avgouleas, A., van Zwieten, K., Hare, C. & van Sante, T. (2018) *Principles of Banking Law*. (3 ed.). Oxford, Oxford University Press.
- Erpyлева, N.Y. (2004) *International banking law: genesis, nature, fundamental categories and mechanisms of regulation of banking transactions*. Diss ... Doctor of Legal of sciences. Moscow, Russian Academy of Public Administration under the President of the Russian Federation. (in Russian).
- Erпылева Н.Ю. Международное банковское право: генезис, природа, основные категории и механизмы регулирования операций банков: дисс. ... д-ра юрид. наук. М.: Российская академия государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2004. 504 с.
- Erpyлева, N.Y. (2011) Modern currency exchange regulation in Russian banking law. *Legislation and Economics*. (12), 21—43. (in Russian).
- Erпылева Н.Ю. Современное валютное регулирование в российском банковском праве // Законодательство и экономика. 2011. № 12. С. 21—43.
- Fuchs, F. (2013) *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der Systemgefahr im außerbörslichen Derivatehandel*. Berlin, Mohr Siebeck. (in German).
- GuyLaine, Ch. (2009) OTC Derivative Contracts in Bankruptcy: the Lehman Experience. *NY Business Law Journal*. 13 (1), 14—17.

³⁸ Status of Netting Legislation. Available at: <https://www.isda.org/2020/07/03/status-of-netting-legislation/> [Accessed 19th June 2021].

- Johansson, E. (2009) *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*. Berlin — Heidelberg, Springer.
- Johnson, V.R. (2015). International Financial Law: The Case against Close-Out Netting. *Boston University International Law Journal*. 33 (2), 101—125.
- Keijser, T. (ed.) (2014) *Transnational Securities Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Lipovtsev, V.N. (2012) Lex mercatoria and securities market — novelties of legal regulation. *Business in Law*. (1), 114—117 (in Russian)
Липовцев В.Н. Lex mercatoria и рынок ценных бумаг — новеллы правового регулирования // Бизнес в законе. 2012. № 1. С. 114—117.
- Lipovtsev, V.N. (2014) Conflict of laws regulation in lex mercatoria. *International Law and International Organisations*. (4), 545—550. (in Russian).
Липовцев В.Н. Коллизионное регулирование в Lex mercatoria // Международное право и международные организации. 2014. № 4. С. 545—550.
- Lober, K. & Klima, E. (2006) The implementation of Directive 2002/47 on financial collateral arrangements. *Journal of International Banking Law and Regulation*. 21 (4), 203—212.
- Mantysaari, P. (2010) *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law. T. II: Contracts in General*. Berlin, Springer.
- Nassetti, F.C. (1995) Basic elements in the maze of netting. *Journal of International Banking Law*. 10 (4), 145—148.
- Paech, P. (2014) Close-out netting, insolvency law and conflict-of-laws. *Journal of Corporate Law Studies*. 14 (2), 419—452.
- Paul, C.R.H. (1995) Netting: a means of limiting credit exposure. *Journal of International Banking Law*. 10 (3), 93—98.
- Paulus, C. (2015) The Wonderful World of Privileges — The Par Condicio Creditorum vs Closeout-Netting. *European Company and Financial Law Review*. 11 (4), 479—632. Doi: 10.1515/ecfr-2014-0531
- Rusen, G. (2007) Financial Collateral Arrangements. *Journal of International Commercial Law and Technology*. 2 (4), 250—258.
- Vardi, N. (2011) *The Integration of European Financial Markets*. London, Routledge.
- Walters, R. (2020) Close out netting provisions: their current value in a time of international uncertainty. *International Company and Commercial Law Review*. 31 (10), 564—595.
- Werner, P.M. (2012) Close-out netting and the world of derivatives in central and eastern Europe and beyond — ISDA's perspective. In: *Law in Transition. Developing capital markets*. London, European Bank for Reconstruction and Development. Pp. 48—55.
- Wessels, B. (1997) Close-out netting in the Netherlands. *Journal of International Banking Law*. 12 (5), 187—194.
- Yeowart, G & Parsons, R. (2016) *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*. Elgar Financial Law and Practice series. UK, Shepherd and Wedderburn LLP.

Об авторе:

Клементьев Алексей Петрович — ассистент, Департамент правового регулирования бизнеса, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ORCID ID: 0000-0002-6598-507X; Researcher ID: B-3826-2016

e-mail: aklementiev@hse.ru

About the author:

Aleksey P. Klementyev — assistant, School of Legal Regulation of Business, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-6598-507X; Researcher ID: B-3826-2016

e-mail: aklementiev@hse.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-654-672

Научная статья

Особенности осуществления контроля за экономической концентрацией: опыт России, Франции и США

М.А. Егорова  

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Российская Федерация

Российская государственная академия интеллектуальной собственности (РГАИС),
г. Москва, Российская Федерация

Международный союз юристов и экономистов,
г. Лион, Франция

 maegorova@msal.ru

Аннотация. Актуальность обусловлена всеобъемлющим развитием цифровых технологий и необходимостью своевременного правового регулирования новых явлений общественной жизни. Цифровизация не только стремительно проникает во все сектора экономики, но является триггером для создания качественно новых экономических отношений. Цифровая трансформация экономики и рынков кроме объективных преимуществ несет и негативные последствия. Негативные проявления возможны в монополизации товарных рынков. Антимонопольное законодательство изменяется в соответствии с расширением цифровых рынков. В статье выявлены основные препятствия регулирования монополий в цифровой экономике. Рассмотрена практика антимонопольного регулирования цифровых платформ. Обозначены задачи принятия пятого антимонопольного пакета как расширения действия норма ФЗ «О защите конкуренции». Кроме того, проанализировано понятие экономической концентрации, а также признаки ограничения конкуренции при рассмотрении сделок в ее условиях. Особое внимание уделяется различиям в подходах к регулированию цифрового рынка в России, Франции и США. Проведен компаративный анализ антимонопольного законодательства России, Франции и США, видов экономической концентрации, регламентов контроля за концентрациями на уровне разных юрисдикций. Подробно рассмотрены фазы контроля за экономической концентрацией, полномочия антимонопольных органов, оценка преступных посягательств на конкуренцию.

Ключевые слова: экономическая концентрация, конкурентное право, антимонопольное законодательство, цифровая экономика, платформенное право, большие данные, американский и французский опыт

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 22 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Егорова М.А., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Егорова М.А. Особенности осуществления контроля за экономической концентрацией: опыт России, Франции и США // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 654—672. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-654-672

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-654-672

Research Article

Features of exercising control over economic concentration: the experience of Russia, France and USA

Maria A. Egorova  

Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Moscow, Russian Federation
Russian State Academy of Intellectual Property,
Moscow, Russian Federation
International Alliance of lawyers and economists,
Lion, France

 maegorova@msal.ru

Abstract. The relevance of the topic is due to the comprehensive development of digital technologies and the need for timely legal regulation of new phenomena of public life. Digitalization is not only rapidly penetrating all sectors of the economy, but is a trigger for the creation of qualitatively new economic relations. The digital transformation of the economy and markets, in addition to objective advantages, also carries negative consequences. Negative manifestations are possible in the monopolization of commodity markets. Antitrust laws are changing in line with the expansion of digital markets. The article identifies the main obstacles to regulating monopolies in the digital economy. The practice of antimonopoly regulation of digital platforms is considered. The tasks of adopting the fifth antimonopoly package as expanding the scope of the Federal Law “On Protection of Competition” are outlined. In addition, the concept of economic concentration is analyzed, as well as signs of restricting competition when considering transactions in its conditions. Particular attention is paid to differences in approaches to regulating the digital market in Russia, France and USA. A comparative analysis of the antimonopoly legislation of Russia, France and USA, types of economic concentration, regulations for control over concentrations at the level of different jurisdictions has been carried out. The phases of control over economic concentration, the powers of the antimonopoly authorities, the assessment of criminal encroachments on competition are considered in detail.

Key words: economic concentration, competition law, antitrust, digital economy, platform law, big data, US and French experience

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

Article received 22nd February 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Egorova, M.A. (2021) Features of exercising control over economic concentration: the experience of Russia, France and USA. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 654—672. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-654-672

Введение

Российским антимонопольным законодательством не предусмотрено понятие «экономическая концентрация», поэтому обратимся к экономической науке. Под рыночной, или экономической концентрацией понимается «сосредоточение экономически значимых признаков или характеристик в руках незначительного количества хозяйствующих субъектов (единиц или носителей информации)» (Porondopulo, 2017).

Цель подобного рода требований очевидна — исключение негативных последствий для рынков и конкуренции (Starikov, 2020:69), используя набор количественных и качественных критериев (Seregin, 2020:30—32). Такого рода подход демонстрируется и в зарубежной литературе (Greenfield, Lange & Calln, 2020).

Таким образом, экономическая концентрация характеризуется как процесс по укрупнению производства, капитала или ресурсов. С одной стороны, такое укрупнение может осуществляться в целях развития крупного российского производства, требующего дорогостоящих и наукоемких технологий. В этом контексте важны объективно существующие законы экономических отношений вообще и экономической концентрации в частности (Vasil'eva, 2012:269; Tolochko, 2016:162—163). В таком случае увеличение экономической концентрации может быть оценено во благо.

Однако нередко такое укрупнение может приводить к последующим негативным последствиям для конкуренции в результате сокращения числа хозяйствующих субъектов — конкурентов, что образует возможность для злоупотребления рыночной властью у вновь появившихся монополистов. В таких условиях возникает необходимость контроля за экономической концентрацией со стороны антимонопольных органов. Так, основы контроля за экономической концентрацией заложены в национальном и наднациональном антимонопольном законодательстве.

Исходя из реалий российского законодательства экономическую концентрацию следует рассматривать в нескольких ипостасях:

- экономическая в рамках рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства;
- сделки экономической концентрации сделки, иные действия в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов либо в отношении голосующих акций (долей), прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций¹.

¹ К их числу следует отнести и соглашения о совместной деятельности, и договоры простого товарищества. См. (Petrov, 2016:28—29).

Подобную позицию подтверждают и формулировки, используемые в Приказе ФАС России от 25.05.2012 № 345 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией».

В то же время некоторые ученые имеют иную точку зрения и рассматривают экономическую концентрацию в двух других формах: осуществлении действий (реорганизации или создания коммерческих организаций) и посредством заключения сделок. При этом стоит отметить, что не любые действия или сделки хозяйствующих субъектов могут считаться экономической концентрацией (Puzyrevskiy (ed.), 2019:154).

Как справедливо отмечает Д.А. Петров, приобретение указанных активов, как совокупность планируемых к совершению действий, является лишь средством увеличения доли хозяйствующих субъектов на рынке и требует их осуществления по определенным правилам во имя общественно значимой цели обеспечения конкурентной среды на товарном рынке (Petrov, 2018:16—17).

Ключевым фактором является оценка воздействия таких действий или сделок на состояние конкурентной среды на конкретном товарном рынке.

Представляется, что наиболее актуальной проблемой российского регулирования экономической концентрации являются сделки с цифровыми платформами и сделки с большими данными. В настоящее время в России отсутствует отдельные правила при совершении сделок подобного предмета, а также отсутствуют специальные механизмы при проведении анализа состояния конкуренции.

В то же время действующий Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, предоставляет методические основания для оценки влияния сделок экономической концентрации на рынках со значительной инновационной составляющей на состояние конкуренции, а также оценки их последствий для российских потребителей и экономического развития в целом.

Представляется, что к числу признаков ограничения конкуренции, которые должны быть оценены российским регулятором при рассмотрении сделки экономической концентрации на рынках, зависящих от технологических инноваций, можно отнести следующие:

- 1) возникновение новых и усиление действующих барьеров входа на рынки;
- 2) усиление стимулов для антиконкурентных согласованных действий и соглашений после экономической концентрации;
- 3) повышение вероятности злоупотребления объединенной компанией своей рыночной властью.

Все эти риски должны быть предметом пристального анализа в контексте технологических особенностей и происходящей трансформации соответствующих рынков².

² На необходимость тщательного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства как массива норм комплексного воздействия на общественно-экономические отношения обращается внимание и в зарубежной литературе (Marinescu & Posner, 2020; Melamed, 2020:269—271).

Поэтому важным является вопрос определения момента «осуществления сделки», довольно часто связываемый с возникновением обязанности хозяйствующего субъекта представить ходатайство или уведомление (Vinchkovskiy, 2020:28), несоблюдение которой влечет недействительность сделки.

Не менее важными в деле защиты конкуренции являются административно-правовые механизмы защиты конкуренции и ограничения монополистической деятельности, влияние государства на экономическую концентрацию (Dyukarev & Migacheva, 2020:29; Pisenko, 2010:144), определение порядка проведения административных процедур (Loboda, 2013), в связи с чем нельзя отрицать необходимость развития механизма административно-правового регулирования и совершенствования административно-правового режима в указанной сфере (Vasil'eva, 2012:67—72; Kinev, 2013:89).

Необходимо отметить, что если традиционные рынки монополизировались через получение все большего контроля над производственными мощностями (в частности, так монополизировала рынки нефтепродуктов компания Рокфеллеров Standard Oil — через контроль над нефтеперерабатывающими заводами), то рынки цифровой экономики монополизируются через контроль над большими данными и сетевые эффекты, которые позволяют контролировать в первую очередь поведение потребителей (спрос), а не производственные активы (предложение) (Ivanov, 2018:111).

Дискуссия относительно влияния цифровых платформ, в том числе и социальных сетей, на рыночные отношения и состояние конкуренции ведется уже достаточно давно и в различных аспектах (Carlton & Heyer, 2020—2021: 24—25; Hemphill & Grimmelmann, 2020:36—37).

С одной стороны, этой вызывает обеспокоенность экономических агентов, а с другой — необходимость приспосабливаться к изменяющимся условиям (Tenreiro, 2021:26—27).

Изначально компетентные органы не так серьезно воспринимали сетевые эффекты от использования больших данных, коими владеют социальные сети, маркетинговые возможности, кроссплатформенные отношения и иные особенности цифровых платформ. Однако с каждым годом количество сделок экономической концентрации и влияние цифровых платформ (в том числе социальных сетей) неуклонно росло, что привело к изменению вектора оценки подобных сделок.

Однако в настоящее время происходит только усиление и сосредоточение рыночной власти в руках двух платформ: Яндекс и Сбербанк.

Ранее можно было говорить о наличии трех крупных платформ, помимо указанных выше, к этой группе можно было отнести Мэйл Групп. Однако указанная платформа потихоньку теряет свое влияние на рынке, о чем свидетельствует разделение участия в Ситимобил и Деливери Клуб со Сбербанком.

Последний к настоящему моменту — сервис по доставке еды Сбермаркет и Самокат, онлайн-кинотеатр ОККО, агрегатор событий Афиша, а также иные сервисы. Яндекс также владеет широким массивом продуктов, том числе агрегаторами такси Яндекс Такси и Убер, сервисами по доставке еды Яндекс Еда и Яндекс Лавка, интернет-магазином Яндекс Маркет, сервисом по подбору музыки Яндекс Музыка и иными.

Учитывая инвестиционный потенциал, а также кроссплатформенность Сбербанк и Яндекс, представляется, что российская действительность движется по пути американских коллег. Речь в данном случае идет о Google, Facebook, Twitter и иных цифровых платформах и социальных сетях, чьи действия стали предметом рассмотрения компетентных органов.

Учитывая современные реалии, в случае если ты выпадаешь из информационного пространства, то ты фактически пропадаешь с рынка. Внимание Сената США как раз и привлекала возможность социальных сетей и других платформ фактически отделять хозяйствующих субъектов от рынка. Примером являются действия Twitter в отношении крупной газеты New York Post. Последняя на своем официальном аккаунте опубликовала пост, который освещал важную информацию о предстоящих выборах Президента США. При этом Twitter ограничил доступ газеты New York Post к сети, а пользователей к публикациям газеты. Получается, что сеть в одностороннем порядке может аккумулировать существенную власть в своих руках, при этом должного регулирования деятельность социальных сетей до сих пор не имеет.

Схожая ситуация и с совместными действиями Google и Facebook, направленными на разделение рынков онлайн-рекламы между указанными субъектами.

Указанные примеры обличают еще одну слабую точку в российском антимонопольном законодательстве при регулировании деятельности цифровых платформ, а именно возможность пресечения подобных нарушений и ослабление концентрации рыночной власти в руках одного субъекта.

Стоит отметить, что в России существуют механизмы пресечения подобных действий:

- выдача предписания субъекту, осуществляющему сделку экономической концентрации;
- обращение антимонопольного органа с иском в суд, в случае нарушения порядка согласования сделки экономической концентрации.

Антимонопольный орган вправе выдать как поведенческое предписание (содержащее определенный перечень действий, направленных на соблюдение антимонопольного законодательства), так и структурное предписание (содержащее требование о реализации определенной части своих активов в целях приобретения новых).

Так если есть механизмы, в чем пробел? Пробел заключается в том, что большинство цифровых платформ уже набрали «ход» и сконцентрировали в своих руках достаточную рыночную власть, а механизм дробления подобных субъектов (как, например, в США) российское конкурентное право не содержит. В США, например, иски в отношении цифровых платформ зачастую содержат требование об отмене сделок, совершенных в предыдущие годы. Ярким примером является коллективный иск прокуроров США в отношении Google и Facebook, где представители власти требуют отменить сделки Facebook 2012 и 2015 гг. по приобретению WhatsApp и Instagram, поскольку указанные сделки позволили социальной сети значительно увеличить пул больших данных и получить доступ к пользовательской информации.

В то же время существуют в российской действительности примеры, когда антимонопольный орган отказал крупной платформе в приобретении активов

иною участника рынка, а именно речь идет о сделке Яндекс-Везёт. Антимонопольный орган установил, что в случае согласования сделки совокупная доля двух компаний составила бы 70 % в России, свыше 80 % в границах 19 субъектов страны и свыше 50 % в границах 32 субъектов, заявили в ведомстве. Но при этом не все компании могут считать необходимым вести себя добросовестно, а механизм обращения антимонопольного органа теряет актуальность, поскольку, исходя из информации из открытых источников, последний случай обращения антимонопольного органа с иском датируется 2011 г.³

Основными препятствиями регулирования монополий в цифровой экономике являются:

- 1) многосторонность цифровых рынков;
- 2) большое количество серверов на цифровой платформе;
- 3) экспотенциальный рост выручки и прибыли цифровых гигантов;
- 4) сложность оценки рыночной власти посредством качественных и количественных показателей;
- 5) сложность определения границ рынка;
- 6) использование ценовых алгоритмов в картельном сговоре.

Практика антимонопольных расследований ФАС России за последние несколько лет свидетельствует о росте дел, связанных с рынками информационных технологий и попытками монополизации рынка.

Таким образом, учитывая современные реалии, российское антимонопольное законодательство требует более жесткого подхода при регулировании и оценке действий цифровых платформ, в противном случае, рыночная власть на большинстве рынков услуг будет сосредоточена в руках нескольких компаний.

Обсуждение «пятого антимонопольного пакета» в России началось в 2018 г. Импульсом к изменению российского антимонопольного законодательства послужило утверждение Национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации», а затем и аналогичного национального проекта, а также мировые тренды цифровизации и активной повестки трансформации законодательства для условий цифровой экономики в разных юрисдикциях, прежде всего в Евросоюзе и странах ОЭСР. Специалисты в области конкурентного права отмечают, что при оценке экономической концентрации рынков с высокой инновационной составляющей следует учитывать особенности (Ivanov, 2018).

Задача принятия пятого антимонопольного пакета — это расширение действия норм ФЗ «О защите конкуренции» на отрасль ИКТ, цифровые рынки, агрегаторы, цифровые платформы и маркетплейсы. Вводится новый критерий оценки доминирующего положения — сетевой эффект — получение экономической выгоды от использования данных и количества пользователей, например, онлайн-платформы, на которой заключаются сделки между продавцами и покупателями. Вместе с тем Министерство цифрового развития Российской Федерации осторожно в расширении полномочий ФАС России.

Пятый антимонопольный пакет определяет новые критерии «доминирующего положения» на рынке интернет-пространства, в том числе: владение инфраструктурой (программой или программами для ЭВМ), которая используется для

³ Постановление ФАС Поволжского округа от 29.11.2011 по делу № А65-25267/2010 // СПС КонсультантПлюс.

заключения сделок продавцов и покупателей; сетевые эффекты; доля более 35 % на рынке взаимозаменяемых услуг по обеспечению заключения сделок. Ключевой вопрос заключается в повышении эффективности антимонопольного контроля за экономической концентрацией. С позиции конкурентного права это направлено на предупреждение причинения вреда потребителям, поскольку компании-монополисты создают барьеры входа на рынок новых компаний — потенциальных конкурентов, а также тормозят развитие цивилизованного товарного рынка. Экономическая концентрация на трансформирующихся или новых формирующихся цифровых рынках имеет специфику. Прежде всего она обусловлена проникновением ИКТ (информационно-коммуникационных технологий) в инновационные online-бизнес-процессы.

Пятый антимонопольный пакет одобрен Общественным советом при ФАС России в апреле 2021 г. В случае принятия новой редакции «пятого антимонопольного пакета» цифровым монополистам Google или Apple грозят большие штрафы и фактическое лишение эксклюзивных прав на промышленную собственность в качестве наказания за неисполнение предписаний российского антимонопольного органа.

ФАС России предлагает следующие меры, направленные на пресечение злоупотреблений на цифровых рынках:

- 1) распространение запретов злоупотребления доминирующим положением на цифровые платформы, обеспечивающие совершение сделок продавцов и покупателей в сети Интернет;
- 2) определение критериев цифровых платформ;
- 3) новые подходы к сделкам экономической концентрации;
- 4) использования цифровых алгоритмов в антиконкурентных соглашениях должно стать отягчающим обстоятельством.

С позиции ФАС России антимонопольное законодательство должно обеспечивать контроль не только приобретения материальных активов, но и нематериальных активов (например, результатов интеллектуальной деятельности), потому что часто сама компания стоит не много, а ее технология — напротив. Такие нематериальные активы могут влиять на соотношение рыночной власти участников экономических отношений.

Поскольку в цифровой экономике информация является проводником всех процессов, в том числе она становится объектом интеллектуальной собственности. ФЗ «О защите конкуренции» не распространяет действие на интеллектуальную собственность. В рамках пятого антимонопольного пакета предлагается исключение «иммунитета» для применения к объектам интеллектуальной собственности антимонопольного регулирования. Это актуально, поскольку значение интеллектуальной собственности возрастает в условиях цифровизации и появления электронных площадок, электронных книг, виртуальных компаний с собственным брендом и пр. Необходимо принятие нормативных актов, которые обеспечивают преодоление ограничивающих инновационное развитие видов злоупотреблений интеллектуальными правами, глобализацию режима оборота объектов интеллектуальных прав в интересах развития цифровой экономики.

По этой причине вводится такой критерий, как «цена сделки». Если цена сделки превышает 7 млрд рублей, то она тоже будет предметом

антимонопольного контроля независимо от стоимости активов участников сделки, суммы товаров, которые они реализовали.

Новеллой пятого антимонопольный пакет является введение института эксперта в антимонопольный процесс. Антимонопольный орган вправе сам или по инициативе лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства или в рамках процедуры рассмотрения ходатайства об одобрении сделки (действия) в рамках контроля за экономической концентрацией эксперта можно привлекать при осуществлении процедуры рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства или в рамках процедуры. Закон о защите конкуренции предусматривает право антимонопольного органа в рамках процедуры контроля за экономической концентрацией одобрить ходатайство заявителя о совершении сделки (действий) и при этом одновременно выдать предписание о совершении действий, направленных на развитие конкуренции на товарных рынках, которые затрагиваются сделкой (действием). Пятый антимонопольный пакет предлагает ввести кандидатуру эксперта, которые будет следить за исполнением компанией выданного предписания.

Кроме того, пятый антимонопольный пакет вводит возможность продления срока рассмотрения ходатайства об одобрении сделки (действия). Для трансграничных сделок, затрагивающих российский рынок, ФАС России предлагает предусмотреть возможность продления 9-месячного срока рассмотрения ходатайства по согласованию с Правительством Российской Федерации. При этом конкретный срок продления рассмотрения ходатайства будет определяться Правительством РФ.

Пятый антимонопольный пакет вводит заключение об обстоятельствах в рамках контроля за экономической концентрацией и очное рассмотрение ходатайства. Закон вводит возможность направления лицу, которое направило ходатайство о получении согласия на сделку (действие), заключения об обстоятельствах дела. Данное заключение направляется в ситуации, когда антимонопольный орган приходит к выводу, что сделка (действие) потенциально опасная для конкуренции и возможно необходимо выдать предписание или отказать в одобрении сделки. В данном заключении антимонопольный орган указывает те фактические обстоятельства, которые он установил, и дает оценку доводом заявителей. Также в заключении указывают возможные формулировки будущего предписания. В случае выдачи заключения антимонопольного органа по своей инициативе или по ходатайству лица, которое подало ходатайство, назначает процедуру очного рассмотрения сделки.

Контроль за экономической концентрацией во Франции — явление сравнительно недавнее. Первые законодательные тексты на эту тему появились 19 июля 1977 г. и были очень мало использованы в юридической французской практике. Речь шла в них о контроле над экономической концентрацией предприятий, борьбе с незаконными сделками и злоупотреблением монопольного положения.

Во Франции управление и контроль экономическими концентрациями полностью осуществляется компетентным независимым органом, Антимонопольным комитетом, в состав которого входят представители судебной власти,

а также в случае, если затронуты общественные интересы, — министр, ответственный за сферу экономики, — его полномочия предусмотрены ст. L. 430-1 Торгового Кодекса Французской Республики.

Такая структура Антимонопольного комитета закреплена Законом n° 2008-776 от 4 августа 2008 г., согласно положениям французского законодательства из закона «О модернизации экономики» (*Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*. Закон № 2008-776 от 04.08.2008 г. «О модернизации экономики»). На основании этого документа были распределены полномочия таким образом, чтобы они перешли полностью от Министра экономики к созданному Комитету, административному и независимому органу, «специализирующемуся только на регулировании и контроле экономической конкуренции».

Статья L. 430-1 Торгового кодекса Французской Республики характеризует «операцию по концентрации» следующим образом:

1° Когда два или более предприятий, ранее независимых, объединяются;

2° Когда одно и несколько лиц, владеющих контрольным пакетом предприятия или когда одно и несколько предприятий приобретают, напрямую или через посредников, возможность управления и контроля за частью одного или нескольких предприятий путем финансирования предприятия за счет собственных средств, либо через покупку активов, договорным способом, а также иным способом.

Во второй части той же статьи описывается другой вид концентрации, — тот, который является результатом «создания общей компании на долгий срок путем распределения всех функций целостного автономного экономического субъекта».

Одно из определений термина концентрации как результата слияния предприятий регламентировано во французском праве, а именно в положениях ст. 3 Европейского регламента № 139/2004 от 20 января 2004 г., посвященных контролю за концентрацией предприятий, целью которой является предотвращение ситуаций, при которых происходит смена управления и контроля компанией на длительный срок.

В ст. L. 430-1-III Торгового кодекса Французской Республики употребляется термин «контроль» за предприятием, как результат переданных прав, заключенных договоров или других средств передачи управления, единых или совместного управления, принимая во внимание фактические или юридические аспекты, возможность оказывать окончательное влияние на деятельность компании и в качестве примера: — частичное или полное право управлением или владением имуществом компании; — право управлением или правом заключением договоров, которые влекут за собой окончательное влияние на выбор учредительного состава предприятия, принятие решений, участие в совещаниях».

Однако удерживание «решающего влияния» не означает полный «контроль». В таком случае нужно, основываясь на опыте работы антимонопольного комитета и юридической практике, определить признаки существования того или иного элемента влияния, выявляя наиболее важный, — делая вывод, какой контроль является монопольным управлением, — либо совместным управлением. В случае если удержание большей части уставного капитала находится в одних руках, это позволяет охарактеризовать решающее влияние, но данное определение не является единственным критерием.

Права управления, находящиеся в руках миноритарного акционера, добавленные в договорные или финансовые отношения, могут указать на существующее влияние. Как уточняет ранее цитируемая ст. L. 430-1, Антимонопольный комитет должен принять во внимание, в каждом случае отдельно, все составляющие операции, фактически и по праву, применить технику целостного анализа.

В качестве примера, миноритарный акционер, которому принадлежит право-вето (право, означающее полномочие лица в одностороннем порядке заблокировать принятие того или иного стратегического решения компании), то есть имеющего влияние на назначения и отлучение от должностей управляющих, на решения по принятию бизнес-проектов, согласованию годового бюджета и инвестиционных программ, то есть имеет решающее влияние на деятельность компании в целом. Другие элементы также могут быть учтены. Например, когда миноритарный акционер является кредитором предприятия⁴.

Во Франции, в тех случаях, когда независимый орган управления, находящейся под контролем судебных инстанций, уполномоченный не нарушать общественный экономический порядок, ограничивать свободу управления предприятий, — напрашивается юридический вывод — конкурентное право и, следовательно, контроль за экономическими концентрациями представляет собой специальный отдел административного надзора; отдел полиции за контролем за экономическими концентрациями, Антимонопольное законодательство Франции и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции.

Во Франции контроль за концентрациями предприятий традиционно *a priori представлен* как контроль за структурой экономического рынка.

Предметом контроля за концентрациями является договорное право и наличие нарушений монопольного положения, иначе говоря речь идет о способах защиты конкурентного рынка⁵ и «экономических интересов потребителей»⁶.

Контроль за концентрациями ограничивает полномочия по руководству предприятием, так как существует предупредительный механизм, Декрет, предусматривающий административные взыскания и санкции. Имея характер преимущественно предупредительный, цель документа — защита функционального состояния рынка с упором на его структуру и динамику.

Контроль несет главным образом предупредительный характер. Полиция (контроль), отдел осуществляющий контроль за экономической концентрацией, выполняет функцию предварительной оценки вероятных последствий операции до того, как они будут иметь место фактически. Таким образом основная часть контроля осуществляется до появления операции по концентрации (А), однако он, контроль, может затянуться на некоторый срок (В).

Предварительный контроль. Обязательность предварительного уведомления об операции.

Вся операция концентрации, которая соответствует требованиям, предусмотренных ст. L. 430-1 и L. 430-2 Торгового кодекса, подлежит

⁴ Conseil d'État, Section du Contentieux № 294896. 31.01.2007. Publié au recueil Lebon / Государственный совет Франции, Судебная секция № 294896. 31.01.2007. Опубликовано в коллекции Lebon. (in French).

⁵ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012. (in French).

⁶ Conseil d'État, Section du Contentieux № 294896. 31.01.2007. Publié au recueil Lebon / Государственный совет Франции, Судебная секция № 294896. 31.01.2007. Опубликовано в коллекции Lebon. (in French).

уведомлению и фактически не может быть осуществлена до получения разрешения от Антимонопольного комитета (ст. L. 430-4).

Антимонопольный комитет не дает заключений по всем операциям по концентрации, реализующихся во Франции, а только по тем операциям, которые не входят в нормативы и подлежат анализу.

Таким образом можно выделить три признака операций:

— Общий оборот без учета налога на добавленную стоимость от нескольких международных предприятий или групп физических или юридических лиц, участвующих в концентрации, выше 150 миллионов евро;

— Общий оборот без учета налога на добавленную стоимость во Франции как минимум двух предприятий или групп физических или юридических лиц, участвующих в концентрации, выше 50 миллионов евро;

— Операция не входит в компетенцию Европейского сообщества.

В качестве примера, в 2019 г. Антимонопольный комитет изучил 270 заявок на концентрацию, ни одна из них не получила отказ, а 9 заявок получили разрешение на некоторых условиях, 261 без каких-либо дополнительных условий⁷.

Уведомление обязательно для физических и юридических лиц, подлежащих контролю всего или части предприятия, в случае слияния, либо создания общего предприятия, на них возлагается подача совместного одновременного уведомления (*C. com.*, ст. L. 430-3).

Статья L. 430-3 Торгового кодекса уточняет, что «уведомление рассматривается в случае, если одна или несколько сторон, подлежащие контролю способны предоставить детальный проект или принципиальное соглашение, прописанное в письме о намерении или с момента официального предложения». Нарушение обязательства в уведомлении «расценивается, в том виде в котором оно есть и каким бы оно ни было, как действие, направленное против конкуренции в данной операции и как недопустимое нарушение»⁸. В этом случае Антимонопольный комитет предписывает, под страхом уплаты штрафа, сторонам уведомить об операции, если только они не примут решение не совершать операцию по концентрации, а также имеет право наложить на стороны, на которых возложена обязанность уведомления, денежное взыскание.

Контроль может осуществляться двумя фазами, если это необходимо, но на практике до второй фазы большая часть дел не доходит.

Фаза 1. Как только досье об уведомлении было доставлено в Антимонопольный комитет, он обязуется в течение 25 рабочих дней дать свое заключение, начиная с даты получения полного досье (*C. com.*, ст. L. 430-5-I). Стороны, участвующие в операции, могут незамедлительно принимать меры, направленные на предотвращение действий операции, направленных против конкуренции (*C. com.*, ст. L. 430-5-II).

Согласно этой стадии проверки, названной «фаза 1», Антимонопольный комитет уполномочен:

⁷ Rapport 2019 du Comité français de lutte contre les monopoles // Отчет Антимонопольного комитета Франции за 2019 год.

⁸ CE, 24 juin 2013, Société Colruyt France et établissements FR Colruyt Décision N°360949. (in French).

а) констатировать, что операция, о которой было заявлено, не входит в случай, предусмотренный ст. L. 430-1 и L. 430-2 Торгового кодекса (в этом случае не требуется разрешения);

б) разрешить операцию, с сопровождающим обоснованным решением; в разрешение входит пометка о соблюдении необходимых обязательств под ответственность сторон;

с) если есть предположение, что данная операция приведет к конкуренции, то потребуется проведение дополнительного анализа, а это означает открытие «второй фазы» (С. com., ст. L. 430-5-III). Открытие второй стадии изучения досье, предусматривает ст. L. 430-6 Торгового кодекса, и может расцениваться как передача Антимонопольным комитетом заявки министру по делам экономики (С. com., ст. L. 430-7-1-I).

Фаза 2. Антимонопольный комитет должен принять решение в 65-дневный срок об открытии второй стадии изучения заявки. А стороны могут предложить меры по устранению действий, направленных против конкуренции операции.

Согласно фазе 2, Антимонопольный комитет может:

— разрешить операцию;

— запретить операцию концентрации и предписать в случае необходимости сторонам сделать все возможное по восстановлению необходимого уровня конкуренции;

— разрешить операцию, обязуя стороны принять все необходимые меры по обеспечению достаточного уровня конкуренции или изучить рекомендации таким образом, чтобы привнести в экономический прогресс существенный вклад для устранения нарушений. Требования и замечания, которые были упомянуты выше, могут быть только в фазе 2 и вносятся в пункты договора сторонами в том виде, в котором они были предоставлены уполномоченным органом. (С. com., ст. L. 430-7-III).

Полномочия министра, уполномоченного в области экономики.

В срок (25 рабочих дней), отсчитывая от даты получения заявки Антимонопольным комитетом, министр по экономическим вопросам может быть приобщен к делу. Когда он приступает к работе, он дает со своей стороны мотивированное заключение об операции после ознакомления с заявлениями от обеих сторон, участвующих в концентрации. Это решение будет исходить из тех обязательств, которые должны взять на себя стороны (С. com., ст. L. 430-7-1-III).

Стороны, участвующие в операции, должны в обязательном порядке дожидаться окончательного решения Антимонопольного комитета. В случае если слияние предприятий до получения согласия со стороны комитета (такие действия носят название «gun jumping») накладываются санкции.

В качестве примера: в 2016 г. были наложены санкции на группу Altice. Группа Altice находилась в процессе досрочной реализации двух операций (покупка крупных телефонных операторов SFR и Virgin Mobile), ей был назначен штраф в сумее 80 миллионов евро за досрочную операцию по концентрации в секторе электронной коммуникации, без соответствующего соглашения.

Решение такого масштаба было первым примером в практике санкционирования в Европе и в целом в мире. Это также первое решение такого уровня,

принятое во Франции. Если ранее предприятия получали санкции за ошибки в уведомлении или за невыполнение обязательств, то это было первое на практике решение со стороны Антимонопольного комитета по отношению к досрочным операциям по концентрации без согласия уполномоченного органа и была предписана специфическая санкция за данное нарушения.

Выдача разрешения по проведению концентрации на определенных условиях является собой контролем апостериори.

I. Апостериорный контроль или «ex post».

Ознакомление с предписаниями, заключениями и обязательствами (называемыми «коррективные меры»). В случае если стороны не изучили заключения, не выполнили предписания или обязательства, предписанные уполномоченным органом или министром в положенный срок, Антимонопольный комитет имеет право принять два типа решения. Прежде всего он может отменить решение об осуществлении операции по концентрации (решение об аннулировании решения как меры взыскания за нарушение). По крайней мере, вернувшись к предыдущему состоянию предприятия до концентрации, стороны должны уведомить вновь об операции в срок не менее 1 месяца начиная с даты отмены решения, за исключением, если были приняты иные решения по взысканию, предусмотренные ст. I L. 430-8 Торгового кодекса Французской Республики.

Затем Антимонопольный комитет может наложить под страхом уплаты штрафов на стороны, которые не приняли во внимание предписания, замечания или обязательства в указанный срок (С. com., ст. L. 430-8-IV). Кроме того, Антимонопольный комитет может наложить денежные санкции лицам, которые не выполнили обязательства, уточняя, что данная санкция не связана с решением об отмене разрешения, обе санкции могут быть применены⁹.

II. Контроль защиты структуры динамики рынка

В рамках данного контроля Антимонопольный комитет должен выявить действие, влияющее на конкурентное состояние структуры рынка (А), а также определить, если оно может устранено посредством вклада в развитие экономики (В).

A. Идентификация значительного нарушения конкуренции рынка

В полномочия Антимонопольного комитета входит контроль за компанией — покупателем или структурой, образованной в процессе слияния, не имеющей значительного влияния на рынке; уточняя, что под влиянием на рынок «нужно подразумевать способность одного или нескольких предприятий увеличивать цены, уменьшать производство, выбирать продукцию и учитывать качество товаров и услуг, уменьшать использование инноваций или наоборот, влиять в целом на факторы конкуренции». В более сжатом контексте это означает, — охарактеризовать влияние на рынок таким образом, чтобы «ситуация влияния рынок лицом, совершающим операцию, ему позволила избежать воздействия на конкуренцию»¹⁰ (Ph. et P. Didier, *Торговый кодекс*, Economica, 2005, № 593). Таким образом нужно понять почему, такое положение на рынке, способное

⁹ С. com., ст. L. 430-8-IV. — CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, no 353856, au Recuei. (in French).

¹⁰ Code de commerce de la République Française. (in French).

повлиять на положительное ожидаемое воздействие рыночного механизма (главным образом в интересах потребителя), является главным предметом контроля всех антимонопольных органов.

Конкуренция может быть рассмотрена двумя способами. Она прежде всего может быть как простое состояние рыночного сектора. Функционирование рынка может также быть проанализировано как способность одной отрасли экономики удовлетворить потребности потребителей, которая в свою очередь ведет свое начало от структуры рынка «подход структуралистов»). Чем больше игроков, участвующих в операции, тем они эффективнее действуют. Конфигурации, такие как олигополия или монополия, которые предполагают сильное положение на рынке, обычно рассматриваются с большим недоверием. Антимонопольный комитет суммирует доли рынка сторон, представленные на одном или нескольких значимых рынках до появления концентрации для того, чтобы определить точку предела (от 40 %), структура рынка учтена.

Конкуренция может также быть рассмотрена как процесс непрерывного движения. В таком анализе покупка определенного положения на рынке не приводит к той же системе как в структурном подходе. Это связано с фактом, который был предложен как неизбежный и переходный признак. Второй подход ведет главным образом к использованию критерия, называемого «значительное приближение к конкуренции», для анализа наличия проблемы, вызванной концентрацией.

Смешанный характер критерия оценки преступных посягательств на конкуренцию.

В соответствии со ст. L. 430-6 Торгового кодекса, Антимонопольный комитет должен изучить, если операция «по своей природе достигла конкуренции, а именно посредством создания или усиления доминирующей позиции на рынке или открытия предприятия и усиления его положения как результата покупки и тем самым поставить поставщиков в ситуацию экономической зависимости, уточняя, что это нарушение должно быть «значительным»¹¹.

В противовес тому, что может быть быстро прочитано в разных источниках, французское право не исключает контроль доминирующего положения в пользу показателя значительного нарушения конкуренции. Безусловно, ст. L. 430-6 Торгового кодекса указывает на признак значительного нарушения конкуренции, вытекающий из отчета. Во всяком случае он является следствием усиления доминирующей позиции как типичного примера ситуации, в которой возможно такое нарушение. Если признак нарушения был выдвинут на первый план для того, чтобы предположить наличие ситуаций, когда проверка решающей позиции (влияния) обнаружена, и является лишь частью первого этапа всего контроля предмета изучения концентрации.

В связи с этим важно отметить, что та часть рынка, которая входит в главный признак, способна охарактеризовать доминирующее положение, но она не является единственным признаком. Существует презумпция доминирующего положения, начиная от 40 % от доли всего рынка¹².

¹¹ CE, 27.07.2007. Компания Métropole télévision, p. 280. (in French).

¹² V. Comm. CE, déc. COMP/M.2337, préc. pp. 48—50. (in French).

Антимонопольный комитет должен выделить «конкурентоспособные риски операции, начиная с анализа перспективного прогнозирования, учитывая совокупность относящихся к делу данных и основываясь на вероятном экономическом прогнозе развития»¹³.

Концентрация может привести к трем типам последствий:

(a) Горизонтальные последствия, — когда стороны, участвующие в операции, являются конкурентами на одном и том же рынке;

(b) Вертикальные последствия, — когда стороны находятся на различных стадиях цепочки стоимости;

(c) Комплексные последствия, — когда новая структура достигает или усиливает свое присутствие на различных рынках, откуда связь позволяет достичь своего влияния на рынке¹⁴.

Речь идет о первоначальном решении об отказе, которое было принято Антимонопольным комитетом по контролю за концентрациями с момента получения данных полномочий.

Операция привела к образованию конкуренции между двумя продавцами, монополизировавшими рынок, между структурами гипермаркетов Carrefour и E. Leclerc в городе Troyes с целью создания динамики в соответствующей зоне;

Операция также привела к повышению цен, исчезновению конкуренции между приобретенным гипермаркетом и гипермаркетом E. Leclerc, уже находящимся в этой зоне.

За отсутствием других мер (прекращение деятельности других магазинов) Антимонопольный комитет решил запретить осуществление заваленной операции.

Антимонопольный комитет, определивший риск нарушения конкуренции, уполномочен принять решение о принятии определенных мер или же иное решение о приостановке места продаж.

В качестве иллюстрации можно рассмотреть случай концентрации предприятий Брикорам и Брикомарше¹⁵.

Антимонопольный комитет одобрил операцию на первой фазе изучения заявки, с условием закрытия пяти точек продаж и прекращения соглашения по франшизе. Антимонопольный комитет утвердил, что следствием этой операции будет появление новой структуры, как части влиятельной доли рынка. Антимонопольный комитет решил, что в каждой из зон потребители будут лишены альтернативного предложения, кроме того, после появления новой структуры, будет спровоцирована конкуренция.

В качестве примера присоединение группы Marie Brizard компанией Soferr (алкогольный сектор).

Разрешение на реализацию операции было выдано при условии, что торговые марки портвейна Pitters и текилы Tiscasz будут приостановлены в производстве, эти условия приняты с целью сохранения конкуренции на рынках

¹³ CE, ass., 21.12.2012, n°362347, GCP, consid. P. 95. (in French).

¹⁴ C. Vilmart, Les nouvelles Lignes directrices sur le contrôle des concentrations: conc. consom. oct. 2013, n° 10, étude 13); C. Vilmart, Les nouvelles Lignes directrices sur le contrôle des concentrations : conc. consom. oct. 2013, n° 10, étude 13. (in French).

¹⁵ Décision 17-DCC-215. 18.12. 2017. (in French).

портвейна и текилы и гарантии, в равной степени и для дистрибуции, и для потребителей, прав конкуренции продукции и цен¹⁶.

Как только факт вмешательства в конкуренцию был установлен, Антимонопольный комитет «оценивает, может ли совершенная операция быть расценена как значительный вклад в развитие экономики, как компенсация за нарушения со стороны участников операции (С. com., ст. L. 430-6). Под «развитием экономики, прогресса» подразумевается «прибыль от экономической эффективности», которая позволяет перейти от конкурентного подхода в пользу подхода, который включает в себе иные результаты. Прибыль от экономической эффективности вытекает из «продуктивной прибыли» (как, например, прибыль от стоимости внутри компании как результата операции, где речь идет о прибыли от эффекта масштаба или продуктивная прибыль), результаты эффективной продуктивности» (как например, продуктивность, инновации как пример улучшения качества продукции и услуг предложенных потребителю), рассмотренная прибыль, как результат экономической эффективности компенсирует нарушения конкуренции посредством концентрации, таким образом, операция по концентрации может быть разрешена.

Публично-правовое воздействие на предпринимательство в цифровом мире, в том числе через механизм антимонопольного регулирования и контроля за экономической концентрацией, все более совершенствуется в мировом контексте. Рассматривая опыт правового регулирования России, Франции и США, с нашей позиции, важны не только собственно ограничительные нормы, направленные на защиту публичных экономических и финансовых интересов, но также и направленные на создание благоприятных условий предпринимательства, защиту частноправовых интересов. Дуальность публичных и частных интересов обуславливают специфику антимонопольного регулирования. Принципы добросовестности, разумности и справедливости присутствуют как в российском, так и французском антимонопольном и экономическом законодательстве. Французское гражданское законодательство, подчеркивая социальный характер норм права, в принцип справедливости внедряет элементы ценностей и морали.

В условия цифровизации неизбежно появление монополистов цифрового рынка, цифровых гигантов. Контроль за экономической концентрацией, антимонопольное законодательство в цифровой экономике должно выступать барьером злоупотребления рыночной властью. Механизмы административно-правового регулирования, как во Франции так и в России, направлены на защиту конкуренции и ограничение монополистической деятельности. Особенно актуален антимонопольный контроль за сетевыми эффектами, использованием больших данных, цифровыми платформами и цифровыми подходами к ценообразованию.

References / Список литературы

- Carlton, D.W. & Heyer, K. (2020—2021) Assessing the Revolution in Antitrust. *Regulation*. Winter2020/2021. 43 (4), 24—29. (in Russian).
- Dyukarev, V.V. & Migacheva, E.V. (2020) Economic concentration under the Influence of Public Administration. *Business Security*. (5), 26—29. (in Russian).

¹⁶ Décision 19-DCC-36. 28.02.2019. (in French).

- Дюкарев В.В., Мигачева Е.В. Экономическая концентрация под влиянием государственного администрирования // *Безопасность бизнеса*. 2020. № 5. С. 26—29.
- Greenfield, L.B., Lange, P.A. & Calln, N. (2020) Antitrust populism and the consumer welfare standard: what are we actually debating? *Antitrust Law Journal*. 83 (2), 393—428.
- Hemphill, C.S. & Grimmelmann, J. (2020) Law and Technology What Role for Antitrust in Regulating Platforms? *Communications of the ACM*. 63 (5), 36—38.
- Ivanov, A.Yu. (2018) Merger review in the digital age: episode one in discussions on the fifth competition law reform package. *Zakon*. (2), 106—119. (in Russian).
- Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // *Закон*. 2018. № 2. С. 106—119.
- Kinev, A.Yu. (2013) *Administrative and legal bases and organization of protection of competition in the Russian Federation: monograph*. Moscow, Elite Publ. (in Russian).
- Кинев А.Ю. Административно-правовые основы и организация защиты конкуренции в Российской Федерации: монография / А.Ю. Кинев. Москва: Элит, 2013. 136 с.
- Loboda, A.E. (2013) Problems of Antimonopoly regulation: administrative and legal aspect. *Modern competition*. 6 (42), 48—53. (in Russian).
- Лобода А.Е. Проблемы антимонопольного регулирования: административно-правовой аспект // *Современная конкуренция*. 2013. № 6 (42). С. 48—53.
- Marinescu, I. & Posner, E.A. (2020) Why has antitrust law failed workers? *Cornell Law Review*. 105 (6), 1343—1394.
- Melamed, A.D. (2020) Antitrust law and its critics. *Antitrust Law Journal*. 83(1), 269—292.
- Petrov, D.A. (2016) Joint Venture Agreements as a Legal Form of Conglomeratic Economic Concentration. *Competition Law*. (2), 28—32. (in Russian).
- Петров Д.А. Соглашения о совместной деятельности как правовая форма конгломератной экономической концентрации // *Конкурентное право*. 2016. № 2. С. 28—32.
- Petrov, D.A. (2018) Relationships of Connection (Affiliation) as a Generic Concept in the Antimonopoly Regulation. *Competition Law*. (4), 12—15. (in Russian).
- Петров Д.А. Отношения связанности (аффилированности) как родовое понятие в сфере антимонопольного регулирования // *Конкурентное право*. 2018. № 4. С. 12—15.
- Pisenko, A.K. (2010) *Development of administrative law: from mechanisms for countering local speculative monopolies to a modern system of antimonopoly regulation*. Moscow, RUDN Publ. (in Russian).
- Писенко А.К. Развитие административного права: от механизмов противодействия локальным спекулятивным монополиям до современной системы антимонопольного регулирования. М.: РУДН, 2010. 240 с.
- Popondopulo, V.F. (2017) Review of the monograph “Economic Concentration: Experience of Economic and Legal Research of Market and Legal Constructions. Publishing editor Egorova M.A. M., Yustitsinform. 2016. — 552 p.” written by a group of authors Vaypan V.A., Gabov A.V., Egorova M.A., Kinev A.Yu., Petrov D.A. *Competition Law*. (2), 45—47. (in Russian).
- Попондопуло В.Ф. Рецензия на монографию «Экономическая концентрация: опыт экономико-правового исследования рыночных и юридических конструкций / отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2016. 552 с.», подготовленную коллективом авторов Вайпаном В.А., Габовым А.В., Егоровой М.А., Киневым А.Ю., Петровым Д.А. С. 45—47 // *Конкурентное право*. 2017. № 2. С. 45—47.
- Puzirevsky, S.A. (ed.). (2019) *Competition law: textbook*. Gavrilov D.A., Puzirevsky S.A., Seregin D.I.; Moscow, Norma: INFRA-M Publ. (in Russian).
- Конкурентное право: учебник / Д.А. Гаврилов, С.А. Пузыревский, Д.И. Серегин; отв. ред. С.А. Пузыревский. М.: Норма: ТНФРА-М, 2019. 416 с.
- Seregin, D.I. (2020) Features of merger control through acquisition of fixed assets and intangible assets. *Journal of entrepreneurship and corporate law*. (1), 29—34. (in Russian).

- Серегин Д.И. Особенности контроля экономической концентрации при приобретении основных производственных средств и нематериальных активов // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2020. № 1. С. 29—34.
- Starikov, A.V. (2020) Civil law means of protection against antitrust law violations. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*. (6), 4—78. (in Russian).
- Стариков А.В. Гражданско-правовые способы защиты от нарушений антимонопольного законодательства // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 6. С. 48—78.
- Tenreiro, D. (2021) How I Learned to Stop Worrying and Love Big Tech. *National Review*. 73 (1), 24—27.
- Tolochko, O.N. (2016) Institute of the competition protection in national and international law: experience, problems, prospects. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie*. 6 (329), 151—163. (in Russian).
- Толочко О.Н. Институт защиты конкуренции в национальном и международном праве: опыт, проблемы, перспективы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 6 (329). С. 151—163.
- Vasil'eva, A.F. (2012) *Service state: an administrative and legal study of the provision of public services in Germany and Russia: monograph*. Moscow, RAP Publ. (in Russian).
- Васильева А.Ф. Сервисное государство: административно-правовое исследование оказания публичных услуг в Германии и России: монография. М.: РАП, 2012. 332 с.
- Vinchkovskiy, E.V. (2020) On the concept of “execution of a contract” within the framework of state control over economic concentration. *Russian Competition Law and Economy*. 4 (24), 28—35. Doi: 10.47361/2542-0259-2020-4-24-28-35 (in Russian).
- Винчковский Е.В. О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4. С. 28—35. Doi: 10.47361/2542-0259-2020-4-24-28-35

Об авторе:

Егорова Мария Александровна — доктор юридических наук, профессор, эксперт РАН, начальник управления международного сотрудничества, профессор кафедры конкурентного права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); Российская Федерация, 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9; эксперт, Центр научной и экспертной аналитики, Международный центр компетенций «АйПи», Российская государственная академия интеллектуальной собственности (РГАИС); Российская Федерация, 117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55а; сопresident Международного союза юристов и экономистов, юридическая фирма Дюфло и партнеры; Франция, 69002, г. Лион, ул. Эдуарда Ериот, д. 106

ORCID ID: 0000-0002-0227-8845

e-mail: maegorova@msal.ru

About the author:

Maria A. Egorova — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, expert of the Russian Academy of Sciences, Head of the International Cooperation Department, Professor of the Competition Law Department, Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, 125993, Russian Federation; expert of the Center for scientific and expert analysis, Institute of Scientific and expert-analytical activity, Russian State Academy of Intellectual Property; 55a Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117279, Russian Federation; co-President, International Alliance of lawyers and economists (France) Duflo & Associates Law firm, 106, rue Edouard Herriot, Lyon, 69002, France

ORCID ID: 0000-0002-0227-8845

e-mail: maegorova@msal.ru

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692

Research Article

The concept of integrating artificial intelligence into the legal system

Yulia A. Gavrilova  

Volgograd State University,
Volgograd, Russian Federation
gavrilova_ua@volsu.ru

Abstract. The article is devoted to the issue of artificial intelligence integration into the legal system. The human life is inextricably linked with digital technologies in the digital age. Legal regulation of developing and applying artificial intelligence has a complex influence on the legal system of Russian society. In this regard, the issue is characterized by high scientific and practical significance and meets the strategic needs of the legal policy of the Russian Federation. The purpose of the article is to formulate the main elements of the concept of integrating artificial intelligence into the legal system. Research methods contributing to reaching the aim are formal-legal, analogy, extrapolation, cultural-historical, modeling and forecasting. The results of the study can be outlined as follows. We think that humanistic approach to domestic legal system is the most optimal; within this approach artificial intelligence is naturally and imperceptibly integrated into the human environment as a “smart” intelligence that performs the functions of “smart” regulation. The legal regulation of embodied (robotic) and swarm (collective) artificial intelligence should be introduced with reasonable caution and predictability with regard to technical standards and controlled legal experiments after conducting the widest possible ethical expertise. When forming the concept of artificial intelligence integration into the legal system a number of fundamental factors must be taken into consideration: legal continuity of doctrinal legal knowledge, differentiation of legal regimes and consideration of the cultural and civilizational code and psychology and mentality of the society where such legal regulation is being developed and implemented.

Key words: human, artificial intelligence, integration, legal system, legal doctrine, legal regime, national legal order, smart regulation, digital society

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

Article received 26th February 2021

Article accepted 15th July 2021

© Gavrilova Yu.A., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

For citation:

Gavrilova, Yu.A. (2021) The concept of integrating artificial intelligence into the legal system. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 673—692. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692

Научная статья

Концепция интеграции искусственного интеллекта в правовую систему

Ю.А. Гаврилова  

Волгоградский государственный университет,
г. Волгоград, Российская Федерация
gavrilova_ua@volsu.ru

Аннотация. Цифровая эпоха определяет актуальность статьи, когда жизнь человека неразрывно связана с цифровыми технологиями, одной из которых является искусственный интеллект. Правовое регулирование разработки и использования искусственного интеллекта оказывает комплексное воздействие на правовую систему российского общества. В связи с этим проблема интеграции искусственного интеллекта в правовую систему характеризуется высокой научно-практической значимостью и отвечает стратегическим потребностям правовой политики Российской Федерации. Цель статьи — сформулировать основные элементы концепции интеграции искусственного интеллекта в правовую систему. Методы исследования: формально-юридический, аналогия, экстраполяция, культурно-исторический, моделирование, прогнозирование. Результаты исследования. Наиболее оптимальным вариантом развития отечественной правовой системы в условиях цифрового общества является гуманистический подход, в рамках которого искусственный интеллект естественным образом и незаметно встраивается в окружающую человеческую среду в качестве «умного» интеллекта, выполняющего функции «умного» регулирования. Следует с разумной осторожностью и предсказуемостью вводить в действие правовое регулирование воплощенного (роботизированного) и роевого (коллективного) искусственного интеллекта на уровне технических стандартов и контролируемых правовых экспериментов, предварительно проводя максимально широкую этическую экспертизу. Выводы. При формировании концепции интеграции искусственного интеллекта в правовую систему основными элементами концепции должны выступить три принципиальных идеи: правовой преемственности доктринального юридического знания, дифференциации правовых режимов и учета культурно-цивилизационного кода, психологии и менталитета того общества, в котором разрабатывается и внедряется такое правовое регулирование.

Ключевые слова: человек, искусственный интеллект, интеграция, правовая система, правовая доктрина, правовой режим, национальный правопорядок, умное регулирование, цифровое общество

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 26 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Гаврилова Ю.А. Концепция интеграции искусственного интеллекта в правовую систему // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 673—692. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-673-692

Introduction

Russian legal scholars pay certain interest to the issues of artificial intelligence. Among them are E.A. Voynikanis, G.A. Gadzhiev, A.A. Kartskhiya, P.M. Morkhat, A.V. Neznamov, I.V. Ponkin, A.V. Popova, A.I. Redkina, V.I. Shershulsky, O.A. Yastrebov, etc. They investigate various aspects of the above phenomena including legal problems of artificial intelligence development, challenges and risks of its widespread functioning for human society, etc. Scientists are unanimous in their opinions concerning the importance of artificial intelligence application for the mankind; they predict longer life expectancy, better understanding of the world and the universe, further spiritual development of the humans, etc. All these are optimistic scenarios.

However, implementation of these technologies raises doubts about their humanization along with the declared effectiveness of artificial intelligence in creating a better living space for people.

To begin with, the human world is fragmented and is often replaced by virtual or hybrid forms. Economy and government administration are striving for digital environment. Digital regulators are beginning to claim the role of universal regulators degrading the value of other regulators (legal, moral, etc.). Peoples' lives and existence of entire countries and regions are under threat not only because of the total "digital" control over the private and public spheres but also because of the threat of deadly weapons use in solving global and regional military-political conflicts.

Finally, the future of traditional labor relations is uncertain due to the rapidly developing automation of production which entails ambiguous socio-economic consequences, especially disappearance of traditional types of employment and, as a result, large-scale unemployment.

This article aims to introduce the main elements of the concept of artificial intelligence integration into the legal system, based on the humanistic perspectives of society development. Such elements have been already highlighted in monographic and dissertation studies; however, such publications are not yet numerous. We understand artificial intelligence integration as a socially equitable legal regulation of public relations with the use of artificial intelligence; it is related to comprehensive expert support and risks that might occur, as well as efforts to minimize the negative consequences of its implementations into the life of society.

The recently published documents — the Strategy for the Development of Artificial Intelligence for the period until 2030, approved by the decree of the President of the Russian Federation No. 490 of 10.10.2019 (hereinafter referred to as the Strategy), and the Concept for the Development of Regulation of Relations in the Field of Artificial Intelligence and Robotics Technologies until 2024, approved by the order

of the Government of the Russian Federation No. 2129-R of 19.08.2020 (hereinafter referred to as the Concept) — have given rise to the wide discussion attracting all the interested parties.

It should be emphasized that these documents, despite their unquestionably important significance, are of a framework and programmatic nature, and need essential normative specification. It can be achieved both by the formation of a fundamentally new legal reality and development of the potential generally accepted legal structures: special regulation, legal fiction, analogy, subsidiary law enforcement, subject of law, person, legal liability, etc.

In this regard, the author does not seek to assess the efforts of European Union, United States, South Korea, Japan, Germany and other advanced states in this sphere; the analysis of this kind has already been carried out in many domestic legal studies. Instead, it seems more appropriate to focus merely on the main elements of the concept of artificial intelligence integration into the legal system. As a result, artificial intelligence technologies will become an integral part of the modern technical and technological way of life and an organic complement to the legal system of society representing the origins of natural and human intellect.

Artificial intelligence and development of legal doctrine

The legal doctrine is the key factor in comprehending the place and role of artificial intelligence in legal regulation. The legal science offers two cardinal strategies for finding the legal meaning of artificial intelligence in the modern period: revolutionary and evolutionary.

A revolutionary strategy means a radical scrapping of existing scientific and theoretical models. Arguments are given about the impossibility of adapting the current normative-legal schemes and the accepted scientific terminology to the pace of digitalization development (Mamychev & Miroschnichenko, 2019:132). Projects and plans are proposed for the formation of a new type of public relations and a new digital reality (Panchenko & Romashov, 2018:107). The psychological mechanism of such a strategy includes the statement of the approach to the point of technological “singularity”, axiological pessimism, and the substitution of legal reality with legal futurology.

The evolutionary strategy offers an optimistic plan for the formation of a trusted, safe and comfortable environment of the human’s and artificial intelligence coexistence of (subsection 4 of section 1 of the Concept). Forecasting should be reasonable and sufficient for state to develop the legal system in the conditions of artificial intelligence engagement (instead of the legal futurology). Such development should be based on the traditional concepts and institutions of law, established doctrinal approaches and problem-solving methods for artificial intelligence integration into the legal system (Yastrebov, 2018:325).

Within this strategy, integration of artificial intelligence performs as an extension of the action scope of legal phenomena and concepts contributing to clarification and

interpretation of their legal content in the judicial practice, classification and comparison, generalization and explanation of new features of artificial intelligence from the perspective of consistency of the existing legal knowledge.

From modern philosophical and general scientific discussions, it is known that there is no general concept of intelligence. Most scholars seem to share this opinion. It is asserted that natural human intelligence involves three levels: verbal, sensory and cognitive (Estep, 2006:223). Various artificial intelligence systems are created according to similar “patterns”: talking androids, bots, robotics, etc.

Artificial intelligence does not stem from the laws of nature, is not associated with biosocial evolution, is designed by humans for certain applied goals and put into a certain technical form. However, some functions of the natural human intelligence can be programmed in the artificial intelligence, but only to the extent of human ambitions in terms of scientific knowledge and within the limits of its formalization.

It correlates with the opinion expressed in recent scientific publications that the technologization of artificial intelligence concept in legal studies is unpromising and useless, because it cannot add value to law. It is necessary either to legalize the technical definition of artificial intelligence, or to seek for the relevant special legal term clearly describing it (Spitsyn & Tarasov, 2020:106).

This opinion is quite reasonable and aims at protecting the fundamental approach to the anthropocentric paradigm in law. However, it is necessary to confess that a human being, things and objects are no longer separated from each other in the modern digital world, and technology has become an inseparable part of human life. Therefore, reluctance to include technological features into the legal definition of artificial intelligence means dismissal of that part of anthropocentric aspect that is predetermined by such technologies. Norms regulating technological innovations have never been denied by law, so the main task of legal science is to find correct ratio between hi-tech and legal norms, as well as to determine the legal limits of feasibility of artificial intelligence technologies.

GOST R 43.0.8-2017 goes along this path; it defines artificial intelligence as a modeled (artificially reproduced) intellectual activity of human thinking. Herewith, a human is considered as a technical operator of information processes with machine participation that can supplement the human’s own cognitive resources by machine activation (hybrid intelligence) or machine simulation of human mental activity (artificial intelligence).

At the same time, legal doctrine should answer the fundamental question of the digital age concerning legal personality of artificial intelligence. We recognize the right to different approaches to the problem; however, in our opinion, legal personality of artificial intelligence is a speculative concept. Just as a human being remains the authentic keeper of legal personality, artificial intelligence is only a technology. If we allow legal personality of artificial intelligence systems, we can only tentatively speak about the secondary and derivative (artificial) character of legal personality of such systems. In fact, a human being can transfer a part of their legal personality

to an artificial intelligence; they can also terminate their actions applying such technology.

Paragraph 49 of the Strategy and subsection 9 of section 2 of the Concept propose to adopt the rules in the legislative order allowing only “step-by-step” delegation of decision-making to artificial intelligence in specified cases with respect to the constitutional rights of citizens, defense and security of the state. The objective expediency of such delegation is currently not clear and generally debatable, since the danger of restricting constitutional rights of an individual can be found in any sphere of life activities of modern humans.

In any case, judicial, prosecutorial and investigative functions should not be delegated to artificial intelligence whereas notarial and lawyer functions can be transferred, but on certain conditions. They relate to cases of incorrect advice when providing legal assistance, errors in databases that entail incorrect interpretation of laws and confusing the client, etc. We believe that not the artificial intelligence, but the human being that confers a partial legal personality, bears responsibility for the decisions made in all such situations. Be this person a head of a government body, a civil servant, or other kind of official, the question is formally within the limits of legislative discretion and creates ethical problems due to the fact that decision is not completely under the control of the human being.

The conceptual basis for the development of this thesis is the long-established institution of delegation of authority in public law and in private law (primarily civil) — the institution of representation. Transactions and legally significant actions generate rights and obligations for the represented person directly if they are performed by the representative on behalf of and in the interests of the represented person. The direct written approval of the transaction by the represented person is required in the absence or abuse of powers. If he/she does not approve the deal, an unauthorized person is deemed liable (Articles 182, 183 of the Civil Code of the Russian Federation). However, it entails the unconditional cancellation of decisions and acts of the unauthorized body (official) in public law.

There can be no such unconditional responsibility, and it is also impossible to automatically cancel such decision in the case of artificial intelligence, since it acts as an inanimate (lifeless) technology. Therefore, it is probably necessary to modify the institutions of actions in the interests of other persons and to outline management actions in terms of their improvement by artificial intelligence. Decisions made by artificial intelligence should be deemed as preliminary or draft. A human being must either approve the decision of artificial intelligence, thus enforcing it, or deny it. Only such approach will meet the legal essence of relations involving artificial intelligence as a technology controlled by a human being.

A few words about the proposal to treat artificial intelligence as a quasi-subject of law, so called “electronic person” (Popova, 2020:121). This issue can be solved only in conjunction with the concept of human legal personality. We think that constructions of an individual and a legal entity should remain intact, since they have been elaborated by the joint legal thought of mankind. In case of the “electronic person” metaphor, it

should be clearly understood that this is only a projection of an individual or legal entity with a delegated to it artificial legal personality in a virtual digital environment. It is introduced conditionally to speed up and standardize implementation of socially significant activities. Virtual companies, digital personalities, etc. are structures that act as a substitute representative form of human economic activity to maximize the utility and efficiency of business with the help of digital technologies. In this case, digital tools express only one of the levels of modern legal ontology. So, they should be perceived as those within the legal doctrine.

Artificial intelligence in the context of different legal regimes

The doctrinal justification of the concept of artificial intelligence integration into the legal system should take into account the construction of a categorical series of legal regulation. Fetyukov F.V. suggests an effective approach that considers the type (order) of legal regulation in analyzing the public relations development prospects related to human cloning (Fetyukov, 2020:890). When regulating public relations concerning the legal status of artificial intelligence, such approach can also be applied; however, it requires more fine-tuning and detailed differentiation.

First of all, it is impossible to speak about artificial intelligence only within the framework of general permission or general prohibition (Alekseev, 1989:132—183), since the potential of the permissive-prescriptive regime (Cherdantsev, 2002:345) is not taken into account. But it is relevant for securing the public powers of state bodies regulating the sphere of artificial intelligence application. Indeed, the high risk of this area determines the need to allow only what is directly prescribed by the statute for the vital interests of the individual, society and the state (paragraphs 48-51 of the Strategy). We will try to modify the terminology and define the regimes of legal permission, legal restrictions and legal prohibitions keeping in mind that the types and regimes of legal regulation are categories of the same order.

Secondly, there are different types of artificial intelligence, depending on the multicriterial approach: software execution (imperative or declarative paradigm), nature of the contextual environment (open or closed), possibility of hardware or physical implementation in the material world, etc. Among these types, we distinguish mainly software-algorithmic, embodied and swarm (collective) artificial intelligence.

Different legal regimes may regulate each of them. Moreover, the algorithmic component is present in all the mentioned types of artificial intelligence, but it differs in the execution model. Therefore, it determines the specifics of the operation of one or the other legal regimes.

The regime of legal permission creates favorable conditions for achieving a socially useful result of activity. It is applied in digital technologies for the simplest classical and “closed” algorithms, where the developer always defines the goal with strict sequence of steps to be followed (the imperative programming paradigm).

These are, for example, data mining and processing in the process of monitoring legislation and law enforcement practices. A step-by-step algorithm of using various

criteria for its implementation is formulated in the Methodology for Monitoring Law Enforcement in the Russian Federation, approved by the Decree of the Government of the Russian Federation No. 694 of 19.08.2011. However, the list of these criteria is not exhaustive, and they can be programmed both through modification of the program and use of artificial intelligence. It is obvious that automated schemes of performing such operations are controlled by a human being in case they do not cause any damage and only bring benefits. Under these circumstances they are realized in the form of legal permissions by the humans.

The regime of legal permission can also be used for developing and applying of “smart home” or “smart office” intelligent systems with the possibility of individual restrictions explicitly named in the statute. This phenomenon is called “sensor networks” in the American doctrine and “ambient intelligence” — in the European doctrine. It must be noted, however, that there is a distinctive terminological difference between

American and European domestic word usage of “smart” intelligence and “smart” regulation.

If the question arises about “smart” intelligence systems that demonstrate a certain degree of autonomy in relation to a human being and their traditional environment, then it should be clarified that these systems are defined as small, light and low-cost sets of sensor devices connected to distributed wireless networks and organizing communication with a human being and their environment. Their task is to capture the current context comfortable for a user and sometimes to predict the future context, as well as to independently perform a number of technical operations, creating comfortable conditions for living, entertainment and recreation (light control, switching on / off utility appliances, planning household chores, etc.).

The positive role of “smart” systems is to detect events and recognize the context of some typical human actions, to support easy and simple access to all functions, to adjust to the emotional sphere of an individual, to adapt and respond to the changing context of the user, and to be autonomous (Fu et al., 2018:115).

Existing legal norms, which require some clarification, can be used in order to improve legal regulation of “smart” intelligent systems. So, in particular, it is necessary to revise the list of technically complex goods approved by the Decree of the Government of the Russian Federation No. 924 of 10.11.2011 (as amended on 27.03.2019). The list should include the phrase “intelligent systems that interact with the physical environment without explicitly contacting the consumer due to management installed devices”.

At the same time, it should be noted that application of “smart” intelligent systems does not guarantee that they will not have technical and software failures, faulty design and/or engineering defects. It can result, for example, in gas equipment engaging at the wrong time or under unspecified circumstances causing harm to life, health and property of the consumer, etc. However, the issue of legal consequences is resolved in this case by the statute.

In accordance with paragraph 4 of Article 14 of the Statute of the Russian Federation “On Consumer Rights Protection” No. 2300-1 of 07.02.1992 (as amended on 08.12.2020) the manufacturer, seller or contractor is responsible for the damage caused due to application of materials, equipment, tools and other means necessary for the production of goods (performance of works, provision of services). The responsibility occurs regardless of whether the level of scientific and technical knowledge allowed to identify their specific properties or not. Consequently, the artificial intelligence organically fits into the construction of this article as “other means used to provide services”.

Here is another example. The traditional institution of a source of increased danger (Article 1079 of the Civil Code of the Russian Federation) can be applied to legal regulation of unmanned vehicles with full confidence. The owner or other legal owner of an autonomous vehicle is responsible for the damage caused by such vehicle. Regarding responsibility of developers, programmers, engineers and manufacturers discussed in the legal literature, there might be a recourse action on the claim of the owner or legal owner depending on the degree of their guilt. The structures “retirement from possession”, “operation” of an autonomous vehicle, etc., will be clarified; the new structures “programming of an unmanned vehicle”, “building the route of an unmanned vehicle”, “beginning of movement”, “end of movement”, etc. will be introduced. However, the basis for legal regulation of responsibility remains traditional.

The regime of legal restrictions creates unfavorable conditions for implementation of socially significant tasks of protecting human rights and ensuring legality, law order, public and state security. In our opinion, classical software-algorithmic intelligence is generally harmless and falls under the regime of legal permission whereas such phenomenon as embodied artificial intelligence increases risks and poses new challenges to the development of law, legislation and legal system.

This is due to the fact that the embodied artificial intelligence represents a revision of the “bodiless” (ideally mathematical) form of algorithmic programming at the early stages of informatics development and introduction of body morphology, movement and plasticity into this process. That is how the robots and anthropomorphic “mobile” devices appear. Their significant difference from classical artificial intelligence lies in the presence of touch sensors (“reading” from the environment) and possibility of independent physical movement in space in order to perform the task assigned to them with the sensory information they acquire. This knowledge is inextricably linked with the action, i.e. “embodied” knowledge.

If the question of the so-called legal personality of artificial intelligence did not arise and did not make sense in relation to classical algorithmic artificial intelligence due to its “formlessness” and dematerialization, the question about the legal personality of systems of embodied artificial intelligence can theoretically be raised. This is determined by several factors.

First, the fundamental principle of embodied artificial intelligence is its ability to structure its own input sensory space through identification of statistical dependencies (relationships); information is received by sensitive receptors and is then measured using quantitative information methods. This allows to optimize management of neural and cognitive processes in a proactive manner and “select” only relevant data from the environment, just as perceptual experience is generalized in human cognition. It follows from this that the statistical structure of sensory inputs is the most important component of learning and development of this system (Sporns & Pegors, 2004:74,75).

Secondly, the display of the geometric model of the surrounding space and its division (clustering) into certain areas are carried out using the all-pervading computer vision of the robot, which distinguishes the path of movement and emerging obstacles in order to avoid them. This model of behavior, comparable to the function of human spatial orientation, is clearly not encoded, but it is the result of dynamic feedback between the robot and the environment and engaging visual homing mechanisms (Hafner, 2004:180).

Third, dealing with uncertainty/incompleteness of knowledge about the genuine world is a major challenge for robotics in a real, unrestricted and uncontrolled environment. In this case, the robot (embodied artificial intelligence) faces difficulties of cognitive reasoning in many complex and unknown for it environments. A possible way out of this problem can be probabilistic assessments of reality, similar to human value assessments. They combine a priori knowledge and models with inference not in the standard digital range from 0 to 1, but by probability degree of an event: 0, 0.1, 0.2 ...1, which is a more understandable process that reduces complexity of the environment perception (Bellot et al., 2004:186).

Fourth, sensory structures, spatial orientation and probabilistic assessments may allow to form an internal model of the world that belongs to the system of embodied artificial intelligence. However, the difficulty is that this model of reality is interpreted by it through the model of its own body. It turns out that sensory information modulates the picture of reality and constant introduction of its updated version into the robot program (rewriting) undoubtedly leads to better machine learning and will raise the question of the so-called “machine” consciousness in the future (Holland, 2004:37).

At the same time, the optimism of foreign scientists regarding the fate of embodied artificial intelligence on the example of individual local successes is premature. The presented technological solutions show, in general, imitation, artificially modeled image of the complex mechanism of the structure and functioning of human consciousness.

The regime of legal restrictions should extend to “open”, i.e. self-learning, self-programmed and self-improving algorithms along with the embodied artificial intelligence. Here the developer formulates only the goal, and the ways and means of its achieving are determined by the algorithm (declarative programming paradigm).

For example, the search for texts of legal documents in reference legal systems through a set of keywords (instructions to the user) can be supplemented by a popup

hint (elements of artificial intelligence) based on the analysis of the experience of previous requests of the user or other persons. However, to do this, the machine must, as they say, learn and develop these abilities.

Hence, there is a substantial difficulty associated with the possible loss of full or partial human control and the problem of decision-making transparency by such autonomous/semi-autonomous systems of artificial intelligence. And as long as the degree of autonomy increases, the probability of full human control over their actions will only decrease; this requires adequate legal regulation.

The variants for solving this problem are as follows. First, Constraint Programming, which prescribes the impossibility of the artificial intelligence action in contradiction with the goals and objectives of a human being. Restriction can be imposed on the chosen means of achieving the goal, multi-purpose projects, amount of hardware capacity, etc. Legislative consolidation of this duty under the threat of sanctions will only strengthen the role of such technological restrictions.

Secondly, the programmed self-destruction of an artificial intellectual system, which is applied for military purposes to prevent the use of exported military technics against its own state by creating a “friend-foe” code. Herewith self-destruction as a civil technology can be carried out if it is impossible to implement programmable restrictions in the current environment, and if there is an attempt to overcome such restrictions (removal of protection by the system itself, malicious hacking, etc.) in other cases. The legislative consolidation of self-destruction may be conditioned by the absence of violations of the rights and legitimate interests of other persons and public interests (Part 3 of Article 55 of the Constitution of the Russian Federation).

Third, the “red button”, i.e. a software function that allows to independently make a decision to terminate operation of an artificial intelligence system for the developer (at the code level) or the user (at the software interface level) if its functioning causes or creates a real threat of harm to a human being and/or civil rights, freedoms, public and state interests. Obviously, such right of the developer or user must be specified by the statute, and, for obvious reasons, it cannot be limited or excluded by the conditions of the contract.

Fourth, the “black box” model, based on the presumption that it is hardly possible to fully argue and explain a decision made by an autonomous or semi-autonomous artificial intelligence. Herewith it is necessary, at least, to record the decision-making process, the set of performed actions in this case (in the form of a unique log file or transaction log), and then to make efforts at the expert level to explain the made decision. At the same time, such a model leaves doubts about its social and legal effectiveness due to its hypothetical character. Moreover, the opinions expressed in the literature concerning legislative consolidation of the individual’s right to receive information about the reasons and grounds of the legal decision concerning him/her made by an “open” artificial intelligence system raise skepticism (Kuteynikov et al., 2020:147). Consolidation of such subjective right is a fiction; it will not have any signs of feasibility due to insufficient level of scientific and technical knowledge about machine learning of such algorithms.

Fifth, creation of dual expert systems with the functions of mother control over the child agent. The child intelligent system constantly moves in the surrounding information environment and corrects the dynamics of its behavior based on the data of the environment. The mother system also performs remote monitoring of the autonomous unit using broadband wireless communication. The purpose of such dual systems is to prevent the designing of prototypes or changes to their knowledge base that are unacceptable and violate social norms (Stefanuk et al., 2020:460).

Swarm (collective) artificial intelligence is a community of artificial intelligences, including robots, which interact locally with neighboring intelligent systems based on certain principles. Thus, a collective coordinated behavior of the community is born; it has the quality of integrity (emergence) with the joint efforts of all. This technology has spread from biological approaches that have studied the behavior of ant colonies, bee swarms, schools of fish and flocks of birds. Hence, we see such characteristics of swarm artificial intelligence as autonomy, self-organization (decentralization), adaptability, stability and scalability (Farooq & Di Caro, 2008:101).

The main difficulty in programming swarm intelligence is to find optimal trajectories of interaction of such artificial members of the community; balanced with a single environment, the desired collective behavior (reliable and flexible) can be obtained from simple individual rules of interaction (Trianni et al., 2008:164).

Application of the principles of swarm artificial intelligence entails ambiguous consequences for society and individual. In paragraph 30 of the Strategy, the achievement of complete algorithmic imitation of individual and collective biological organisms (“swarm of bees” and “anthill”) is stated as one of the priorities of the state scientific and technical policy in the context of the possible implementation of the idea of universal (strong) artificial intelligence. However, this thesis seems controversial and at the moment insufficiently justified. We suggest to seriously think about whether a modern human being needs a so-called “strong” artificial intelligence?

The more freedom is given and the more artificial intelligence learns, the more likely it gets out of human control. It is becoming increasingly difficult for a human to compete with collective artificial intelligence communities that process large amounts of legal information with the highest speed and accuracy. Is not the process of searching for its technological models connected with the voluntary humanity’s rejection of leadership in the modern world and, in particular, with transformation of law into a secondary “software” application to digital codes?

The legal risks of swarm artificial intelligence application are extremely high, even if the embodied approach is applied. There is a tendency to centralize the idea of a collective swarm in engineering and technical research, to single out in it the leader of a global project, the owner of the main “recipe” and to hierarchically lock the management structure.

For example, the model of a qualitative cognitive agent includes, according to a number of authors, a knowledge representation model, behavioral planning, subsystem of agent interaction, and a general system of component’s management (Kulinich,

2018:102, 103). A top-level management algorithm is proposed; it switches management between the basic algorithms of reinforcement learning, random walk, and rule-based planning, which allows an individual robot to purposefully (but without a human!) solve various tasks in the specified for it environment and under changing environmental conditions (Rovbo, 2019:44).

We believe in the current circumstances that the law should provide guarantees against the uncontrolled use of swarm intellectual systems in the regime of restrictions and prohibitions. If we are guided by the generally recognized norms and principles of international law, swarming technologies of drones and other devices for military purposes should obviously be prohibited. But the development and pilot operation of such systems for civilian purposes should be carried out in closed environments under the control of specialists. For example, this may be limited to the local scope of the enterprise (robotic production of household appliances) or the general training ground in the process of acquiring digital competencies by students (Bokova, 2020:286).

Hence, the corresponding legal regulation of swarm artificial intelligence can be carried out today both within the framework of experimental legal regimes and be developed for introduction into Russian civil circulation through technical standards and regulations.

Artificial intelligence and national legal order

The problem of artificial intelligence is characterized in the digital age by a universal significance for humanity. Human and artificial intelligence differ among many criteria on the question of values, since it is generally assumed in philosophy that values are a phenomenon of exclusively human, social and cultural nature. It is correctly noted that the value bases of law cannot be completely “copied” by artificial intelligence due to the mismatched essential basis: human creative activity vs algorithms and machine operations (Rafalyuk, 2020:860). We call artificial intelligence “friendly” if it is able to reproduce our values that we have created for ourselves in society.

However, teaching human values to artificial intelligence is an almost unsolvable task in the current conditions of neurosciences and cybernetic sciences development. It is fundamentally different, for example, from teaching the rules of navigation in a certain space. Hence, the values can only be “put” into robots as programs and uploaded to their database as “knowledge”; this imposes high ethical requirements on the creators of such programs. If we teach artificial intelligence to independently formulate goals and classify useful (important) information in accordance with these goals, i.e. to extract knowledge, then we recognize that it can formulate its own goals and objectives that may not conform with our goals and objectives. There is only one step from “friendly” to “hostile” artificial intelligence in this case.

Each legal order retains its own specifics in the digital age, depending on the national and cultural identity. The attitudes to artificial intelligence are influenced by

the philosophical worldview of the population and scientists, traditions, psychology, religious norms and other factors, so it is necessary to take into account the peculiarities of the society where this problem is discussed and modeled. The boundaries between different legal systems are often within their fundamental values.

There are two major axiological research directions for the development of artificial intelligence and robotics in national legal order. One of them, more typical of Western and European legal order, is called human cyborgization, which is an expansion of the human body capabilities through incorporation of programmable technological components. These include I. Musk's "brain chips", medical implants, products of biomedical technologies and engineering genetics. The general problem of this direction is difficulties of distinguishing between therapeutic and experimental (risk) technologies; the boundary between them is flexible and requires careful ethical and legal discussion.

The second direction, which is widespread in the countries of Southeast Asia, is called the anthropomorphization of robots, where artificial intelligence mechanisms and technologies are improved through biological simulation innovations. The idea of "animating" things, endowing technics and technologies with "soul" and "intelligence" inherent in Eastern cultures, is placed in humanoid robots as representatives of this approach. (Seredkina, 2010:138—141). This second path is closer for the Russian legal order. Although, as noted above, positive therapeutic bioengineering is also popular in Russian society, and this sphere of public relations has long been waiting for detailed legal regulation.

When choosing a direction, the main criterion for the necessity and usefulness of artificial intelligence is improving quality of life and social well-being of the humans (Rybakov, 2021:31).

The development of artificial intelligence transforms traditional views about the process of domestic law-making, including it into the general trend of digitalization of public management. Nevertheless, we are very critical about ideas of direct regulation of public relations with the help of self-changing digital codes, "machine-readable" law, digital microdirectives, etc. The main problem raised by such ideas is the principle of similarity between law as a regulator of public relations and codes as regulators of technical processes. In fact, this similarity rests in their common algorithmic basis; it is argued that law is also, to a certain extent, an algorithm (Zenin et al., 2020:99).

A complete isomorphism between law and codes is impossible due to the genesis of these phenomena at different levels of matter: mechanical (technical) and social. Natural human language is available for everyone to understand as a means of communication and awareness of the meaning of legal rules. The change of the human language paradigm of law to a unified international digital legal language can lead to the elitism of such language and its specific producers — programmers. It will be difficult or impossible to understand the code sequences of characters for a simple citizen.

At the same time, the law exists as a means of social management for common people. Moreover, the same problems of ensuring the security and confidentiality of personal data from virus attacks, technical failures, etc. remain topical for this new language. This is especially noticeable when the code is incorrectly unpacked and the equipment is “frozen”, when we still turn to the system administrator for help. It turns out that “who owns the codes, he owns the law”. Is a new paradigm of law proposed in this formulation?

The option of developing and adopting the statute in the traditional “paper” and human format is more realistic and reliable, however, the mechanism of its execution may well be partially “digitized”. It is necessary to improve the software and optimize information and communication technologies that accompany law-making procedures. We can fully agree on these grounds with M.L. Davydova that the so-called “smart” regulation in the legislative process is nothing less than an analogue of the most rational, effective and goal-oriented human law-making (Davydova, 2020:27).

The issue of recognizing verbose and complex expressions is relevant when legislative texts are being “digitized” through popular technologies of vector representation of words (Loukachevitch & Parkhomenko, 2018:112). Modern legal reference databases often contain direct cross-references to interrelated legal documents, but it is necessary to reveal implicit links between them in accounting practice. It simplifies the procedure for interpreting statutes and involves constructing and describing labeled datasets for marking the corpus of legal texts and tracing relationships between them (Devyatkin et al., 2020:229).

The needs of the time determine the necessity to organize and process big data in legislative process, including personal data of citizens, which are most often poorly structured (Djukova et al., 2019:116), or generally unstructured (Nevzorova & Nevzorov, 2019:130). The result of this analytical activity in the Russian Federation must become marked-up and structured datasets that are uploaded and stored on public accessible national digital platforms (paragraph 37 of the Strategy). Therefore, the large-scale introduction of personal data of citizens into commercial circulation to accelerate digital economic development (Magomedova et al., 2020:1017—1020) seems the least preferable. Russian society does not seem to be ready for this yet.

Finally, introduction of artificial intelligence in justice, which is a popular topic today, assumes solving a fundamental ethical problem: can a robot be a moral agent? Implementation of the concept of a legal and fair justice by a robot determines the importance of his clear understanding of such ethical categories as: free will, responsibility, social role, moral concept, distinction between “right” and “wrong”. The main ethical categories that have been debated for centuries.

The robot judge must be able to experience emotions and empathize with people, as well as have social communication skills. In addition, a number of key issues of justice rest on the concept of “I”, i.e., the presence of self-consciousness in

the robot judge (Karpov, 2020:62). Still, the available technological groundwork for these problems is very small. Therefore, there is still no sufficient reason to believe that a robot can properly replace a human in carrying out activities with such a high mission.

Conclusion

Thus, the main elements of the concept of artificial intelligence integrating into the legal system are the following:

1) preservation and further evolution of traditional basis of legal regulation in the form of “paper” statutes, practice of their application, generally recognized conceptual and categorical apparatus of legal science and ensuring the continuity of legal development,

2) establishing the features of legal regimes depending on the type of artificial intelligence,

3) critical comprehension and adaptive inclusion of foreign experience of legal regulation of artificial intelligence into the legal order, considering domestic value approaches.

The watershed between the projects of humanistic digitalization and digital dehumanization of society is, among other issues, the problem of general (strong) artificial intelligence. However, scientific community does not currently have a unified well-established view of what cognitive architecture it should have, how to classify its models and on what mechanisms and principles of operation it can be built. Consequently, as long as we are talking about weak (highly specialized) artificial intelligence, any prospects of digital “slavery” of the humans by the machine are hardly justified and are likely an exaggeration. However, just a reasonable and responsible human approach to the artificial intelligence integration into the legal system will allow to realize the slogan: “digit” for a human being, but not a human being for a “digit”.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1989) *General permissions and general prohibitions in Soviet law*. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989. 288 с.
- Bellot, D., Siegart, R., Bessière, P., Tapus, A., Coué, C. & Diard, J. (2004) Bayesian Modeling and Reasoning for Real World Robotics: Basics and Examples. In: Iida F., Pfeifer R., Steels L. & Kuniyoshi Y. (eds.). *Embodied Artificial Intelligence. Lecture Notes in Computer Science*. Т 3139. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 186—201. Doi: 10.1007/978-3-540-27833-7_14.
- Bokova, L.N. (2020) Legal regime of creation of a secure digital educational environment. *RUDN Journal of Law*. 24 (2), 274—292. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-274-292. (in Russian).

- Бокова Л.Н. Правовой режим создания безопасной цифровой образовательной среды // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 2. С. 274—292. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-2-274-292.
- Cherdantsev, A.F. (2002) *Theory of State and Law: Textbook for universities*. Moscow, Yurait-M Publ. (in Russian).
- Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Юрайт-М, 2002. 432 с.
- Davydova, M.L. (2020) “Smart regulation” as a basis for improving modern law-making. *Journal of Russian Law*. (11), 14—29. Doi: 10.12737/jrl.2020.130. (in Russian).
- Давыдова М.Л. «Умное регулирование» как основа совершенствования современного правотворчества // Журнал российского права. 2020. № 11. С. 14—29. Doi: 10.12737/jrl.2020.130.
- Devyatkin, D., Sofronova, A. & Yadrintsev, V. (2020) Revealing Implicit Relations in Russian Legal Texts. In: Kuznetsov S.O., Panov A.I. & Yakovlev K.S. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2020. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 12412. Springer, Cham. pp. 228—239. Doi: 10.1007/978-3-030-59535-7_16.
- Djukova, E.V., Masliakov, G.O. & Prokofyev, P.A. (2019) Logical Classification of Partially Ordered Data. In: Kuznetsov S.O. & Panov A.I. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2019. Communications in Computer and Information Science*. Vol. 1093. Springer, Cham. pp. 115—126. Doi: 10.1007/978-3-030-30763-9_10.
- Estep, M. (2006) *Self-Organizing Natural Intelligence*. Issues of Knowing, Meaning, and Complexity. Springer, Dordrecht.
- Farooq, M. & Di Caro, G.A. (2008) Routing Protocols for Next-Generation Networks Inspired by Collective Behaviors of Insect Societies: An Overview. In: Blum C., Merkle D. (eds.). *Swarm Intelligence. Natural Computing Series*. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 101—160. Doi: 10.1007/978-3-540-74089-6_4.
- Fetyukov, F.V. (2020) Development of legislation on human cloning: world experience and a promising legal model for modern Russia. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 881—900. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900. (in Russian).
- Фетюков Ф.В. Законодательство о клонировании человека: мировой опыт и правовая модель для современной России // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 881—900. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-881-900.
- Fu, B., Mettel, M.R., Kirchbuchner, F., Braun, A. & Kuijper, A. (2018) Surface Acoustic Arrays to Analyze Human Activities in Smart Environments. In: Kameas A. & Stathis K. (eds.). *Ambient Intelligence. AmI 2018. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 11249. Springer, Cham, 115—130. Doi: 10.1007/978-3-030-03062-9_10.
- Hafner, V.V. (2004) Agent-Environment Interaction in Visual Homing. In: Iida F., Pfeifer R., Steels L. & Kuniyoshi Y. (eds.). *Embodied Artificial Intelligence. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 3139. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 180—185. Doi: 10.1007/978-3-540-27833-7_13.
- Holland, O. (2004) The Future of Embodied Artificial Intelligence: Machine Consciousness? In: Iida F., Pfeifer R., Steels L. & Kuniyoshi Y. (eds.). *Embodied Artificial Intelligence. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 3139. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 37—53. Doi: 10.1007/978-3-540-27833-7_3.
- Karpov, V.E. (2020) Can a Robot Be a Moral Agent? In: Kuznetsov S.O., Panov A.I. & Yakovlev K.S. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2020. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 12412. Springer, Cham. pp. 61—70. Doi: 10.1007/978-3-030-59535-7_5.

- Kulinich, A. (2018) Architecture of a Qualitative Cognitive Agent. In: Kuznetsov S., Osipov G., Stefanuk V. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2018. Communications in Computer and Information Science*. Vol. 934. Springer, Cham. pp. 102—111. Doi: 10.1007/978-3-030-00617-4_10.
- Kuteynikov, D.L., Izhaev, O.A., Zenin, S.S. & Lebedev, V.A. (2020) Algorithmic transparency and accountability: legal approaches to solving the problem of the “black box”. *Lex russica*. 73 (6), 139—148. Doi: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.139-148. (in Russian).
Кутейников Д.Л., Ижаев О.А., Зенин С.С., Лебедев В.А. Алгоритмическая прозрачность и подотчетность: правовые подходы к разрешению проблемы «черного ящика» // *Lex russica*. 2020. Т. 73. № 6. С. 139—148. Doi: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.139-148.
- Loukachevitch, N. & Parkhomenko, E. (2018) Recognition of Multiword Expressions Using Word Embeddings. In: Kuznetsov S., Osipov G. & Stefanuk V. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2018. Communications in Computer and Information Science*. Vol. 934. Springer, Cham. pp. 112—124. Doi: 10.1007/978-3-030-00617-4_11.
- Magomedova, O.S., Koval, A.A. & Levashenko, A.D. (2020) Trade in data: different approaches, one reality. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 1005—1023. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023. (in Russian).
Магомедова О.С., Коваль А.А., Леващенко А.Д. Торговля данными: разные подходы, одна реальность // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 1005—1023. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-1005-1023.
- Mamychev, A. Yu. & Miroshnichenko, O. I. (2019) Modeling the future of law: problems and contradictions of legal policy in the field of regulation of artificial intelligence systems and robotic technologies. *Legal policy and legal life*. (2), 125—133. (in Russian).
Мамычев А.Ю., Мирошниченко О.И. Моделируя будущее права: проблемы и противоречия правовой политики в сфере нормативного регулирования систем искусственного интеллекта и роботизированных технологий // *Правовая политика и правовая жизнь*. 2019. № 2. С. 125—133.
- Nevzorova, O. & Nevzorov, V. (2019) Ontology-Driven Processing of Unstructured Text. In: Kuznetsov S.O., Panov A.I. (eds). *Artificial Intelligence. RCAI 2019. Communications in Computer and Information Science*. Vol. 1093. Springer, Cham. Pp. 129—142. Doi: 10.1007/978-3-030-30763-9_11.
- Panchenko, V.Yu. & Romashov, R.A. (2018) The digital state — the conceptual basis of the global world order. *State and Law*. (7), 99—109. Doi: 10.31857/S013207690000235-0. (in Russian).
Панченко В.Ю., Ромашов Р.А. Цифровое государство (digital state) — концептуальное основание глобального мирового порядка // *Государство и право*. 2018. № 7. С. 99—109. Doi: 10.31857/S013207690000235-0.
- Popova, A.V. (2020) Legal aspects of artificial intelligence ontology. *State and Law*. (11), 115—127. Doi: 10.31857/S102694520012531-5. (in Russian).
Попова А.В. Правовые аспекты онтологии искусственного интеллекта // *Государство и право*. 2020. № 11. С. 115—127. Doi: 10.31857/S102694520012531-5.
- Rafalyuk, E.E. (2020) The law of the future: searching for new truths or conserving traditional values? Trans. into Engl. by A.I. Nikolaeva. *RUDN Journal of Law*. 24 (4), 843—863. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-843-863. (in Russian).
Рафалюк Е.Е. Право будущего: поиск новых истин или сохранение традиционных ценностей? / пер. с рус. на англ. Николаева А.И. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 4. С. 843—863. Doi: 10.22363/2313-2337-2020-24-4-843-863.

- Rovbo, M. (2019) Hierarchical Control Architecture for a Learning Robot Based on Heterogenic Behaviors. In: Kuznetsov S.O. & Panov A.I. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2019. Communications in Computer and Information Science*. Vol. 1093. Springer, Cham. pp. 44—55. Doi: 10.1007/978-3-030-30763-9_4.
- Rybakov, O.Yu. (2021) Quality of life, human well-being, the value of law in the conditions of digital reality. *Man, society, law in the conditions of digital reality. Collection of articles*. Moscow, Rusains Publ. pp. 15—31. (in Russian).
Рыбаков О.Ю. Качество жизни, благополучие человека, ценность права в условиях цифровой реальности // Человек, общество, право в условиях цифровой реальности. Сборник статей. М.: Русайнс, 2021. С. 15—31.
- Seredkina, E.V. (2010) Analysis of cyborgization and anthropomorphization programs in the context of high-tech philosophy. *Perm National Research Polytechnic University. Culture, history, philosophy, law*. (3), 137—146. (in Russian).
Середкина Е.В. Анализ программ киборгизации и антропоморфизации в контексте философии «хай-тек» // Вестник Пермского государственного технического университета. Культура, история, философия, право. 2010. № 3. С. 137—146.
- Spitsyn, I.N. & Tarasov, I.N. (2020) Artificial Intelligence in the Administration of Justice: Theoretical Aspects of the Legal Regulation (Articulation of the Issue). *Actual Problems of Russian Law*. 15 (8), 96—107. Doi: 10.17803/1994-1471.2020.117.8.096-107. (in Russian).
Спицын И.Н., Тарасов И.Н. Использование искусственного интеллекта при отправлении правосудия: теоретические аспекты правовой регламентации (постановка проблемы) // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 8. С. 96—107. Doi: 10.17803/1994-1471.2020.117.8.096-107.
- Sporns, O. & Pegors, T.K. (2004) Information-Theoretical Aspects of Embodied Artificial Intelligence. In: Iida F., Pfeifer R., Steels L., Kuniyoshi Y. (eds.). *Embodied Artificial Intelligence. Lecture Notes in Computer Science*. T. 3139. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 74—85. Doi: 10.1007/978-3-540-27833-7_5.
- Stefanuk, V.L., Zhozhikashvily, A.V. & Savinitch, L.V. (2020) Intelligent Systems with Restricted Autonomy. In: Kuznetsov S.O., Panov A.I. & Yakovlev K.S. (eds.). *Artificial Intelligence. RCAI 2020. Lecture Notes in Computer Science*. Vol. 12412. Springer, Cham. pp. 460—471. Doi: 10.1007/978-3-030-59535-7_34.
- Trianni, V., Nolfi, S. & Dorigo, M. (2008) Evolution, Self-organization and Swarm Robotics. In: Blum C. & Merkle D. (eds.). *Swarm Intelligence*. Natural Computing Series. Springer, Berlin, Heidelberg. pp. 163—191. Doi: 10.1007/978-3-540-74089-6_5.
- Yastrebov, O.A. (2018) Artificial Intelligence in the Legal Space. *RUDN Journal of Law*. 22 (3), 315—328. Doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-3-315-328. (in Russian).
Ястребов О.А. Искусственный интеллект в правовом пространстве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 3. С. 315—328. Doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-3-315-328.
- Zenin, S.S., Kuteynikov, D.L., Izhaev, O.A. & Yaprntsev, I.M. (2020) Law Making in the Conditions of Algorithmization of Law. *Lex russica*. 73(7), 97—104. Doi: 10.17803/1729-5920.2020.164.7.097-104. (in Russian).
Зенин С.С., Кутейников Д.Л., Ижаев О.А., Япрынтцев И.М. Правотворчество в условиях алгоритмизации права // Lex russica. 2020. Т. 73. № 7. С. 97—104. Doi: 10.17803/1729-5920.2020.164.7.097-104.

About the author:

Yulia A. Gavrilova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Theory and History of Law and State, Law Institute, Volgograd State University; 100, Universitetsky ave., Volgograd, 400062, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-8055-4710

e-mail: gavrilova_ua@volsu.ru

Об авторе:

Гаврилова Юлия Александровна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства, Институт права, Волгоградский государственный университет; Российская Федерация, 400062, г. Волгоград, Университетский пр-т, д. 100

ORCID ID:0000-0002-8055-4710

e-mail: gavrilova_ua@volsu.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710

Research Article

Blockchain technology in tax law theory and tax administration

Olga I. Lyutova¹, Irina D. Fialkovskaya²

¹National Research University Higher School of Economics (NRU HSE),
Moscow, Russian Federation

²National Research Nizhny Novgorod State University named after N.I. Lobachevsky,
Nizhny Novgorod, Russian Federation
olyutova@hse.ru

Abstract. The article is devoted to the problems of improving the tax legislation of Russia at the stage of active implementation of blockchain technology, which is characterized by contradictory trends in the legal regulation of digital technologies. The relevance of the study of application of blockchain in tax relations is due to the need to assess the tax consequences of transactions using digital financial assets, as well as emergence of new directions for improving tax control based on blockchain technology. The purpose of the study is to analyze the provisions of Russian and foreign tax legislation, as well as doctrinal sources on improving legal regulation of tax relations in regard to blockchain technology. The study shows efficacy of the blockchain analysis for the purposes of tax and legal regulation carried out by developing concepts related to applying such technological solution as a tool in conducting cryptocurrency transactions. The theoretical significance of the study lies in the author's definition of the concept of blockchain technology for tax purposes, as well as in proving the value of legal regulation of tax relations applying blockchain. The practical implication is connected with voicing the need to develop legal regulation of applying blockchain technology when creating a system of transactional (automatic) taxation and levying the so-called "smart taxes" while fulfilling tax obligations in the context of introducing a goods traceability mechanism. This will also contribute to minimizing tax reporting. The research methodology are general and private scientific methods of knowledge: formal-legal, analysis, comparative-legal, and forecasting and modeling. The last two are often applied in tax law in light of digitalization and globalization.

Key words: blockchain technology, a distributed registry, tax duties, cryptocurrency, smart contract, tax administration, traceability, professional income tax, self-employed, transactional taxation

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Funding information. The work was supported by the RFBR grant № 18-29-16107 mk on "Research and justification of the choice of a tax model in the era of digital transformation".

Article received 10th February 2021

Article accepted 15th July 2021

© Lyutova O.I., Fialkovskaya I.D., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

For citation:

Lyutova, O.I., Fialkovskaya, I.D. (2021) Blockchain technology in tax law theory and tax administration. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 693—710. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710

Научная статья

Применение технологии блокчейн в налоговом администрировании

О.И. Лютова¹  , И.Д. Фиалковская²

¹Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация

²Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет
им. Н.И. Лобачевского,
г. Нижний Новгород, Российская Федерация
olyutova@hse.ru

Аннотация. Освящены проблемы совершенствования налогового законодательства России на этапе активного внедрения блокчейн-технологии, который характеризуется противоречивостью тенденций правового регулирования цифровых технологий. Актуальность исследования вопросов применения блокчейна в налоговых отношениях обуславливается необходимостью оценки налоговых последствий сделок, совершаемых с использованием цифровых финансовых активов, основанных на технологии блокчейн, а также появлением новых направлений совершенствования налогового контроля с применением блокчейн-технологии. Цель исследования — провести анализ положений российского и зарубежного налогового законодательства, а также доктринальных источников по вопросу формирования направлений совершенствования правового регулирования налоговых отношений, реализуемых при условии использования блокчейн-технологии. Проведенное исследование показывает опосредованность анализа блокчейна для целей налогово-правового регулирования, осуществляемого путем выработки концепций использования такого технологического решения в качестве инструмента при осуществлении криптовалютных операций. Теоретическая значимость исследования заключается в авторском определении понятия блокчейн-технологии для целей налогообложения, а также в доказательстве факта ценности правового регулирования налоговых отношений с применением блокчейна. Практическая значимость выражается в формулировании вывода о необходимости развития правового регулирования использования технологии блокчейн при создании системы транзакционного (автоматического) налогообложения и взимании так называемых «умных налогов», при исполнении налоговых обязанностей в условиях внедрения механизма прослеживаемости товаров, а также для минимизации налоговой отчетности. В качестве методов исследования избраны общенаучные и частнонаучные методы познания: формально-юридический, анализа, сравнительно-правовой, а также методы прогнозирования и моделирования, применяемость которых в налоговом праве возрастает под влиянием факторов цифровизации и глобализации.

Ключевые слова: блокчейн-технология, распределенный реестр, налоговые обязанности, криптовалюта, смарт-контракт, налоговое администрирование, прослеживаемость, налог на профессиональный доход, самозанятые, транзакционное налогообложение

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: нераздельное соавторство.

Информация о финансировании. Работа выполнена при поддержке гранта РФФИ № 18-29-16107 мк на тему: «Исследование и обоснование выбора модели налогообложения в эпоху цифровой трансформации».

Дата поступления в редакцию: 10 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июня 2021 г.

Для цитирования:

Лютова О.И., Фиалковская И.Д. Применение технологии блокчейн в налоговом администрировании // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 693—710. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-693-710

Introduction

Digitalization is one of the most ambitious challenges for all branches of Russian law. In the field of taxation and fees, the process of introducing new digital technologies is manifested as substantial since there is no possibility at present to imagine implementation of tax administration as well as development of the tax law theory without taking into account the impact of the factor of technological development on real tax relations.

At the same time, it is generally recognized that the most discussed digital technology in legal science is blockchain. According to the fair remark of E.V. Talapina (Talapina, 2019:77—82), the whole world, to one degree or another, is trying to understand where blockchain can be used, what risks it avoids, and what, on the contrary, it creates.

It should be noted that blockchain technology as such is not a new phenomenon, and its practical application and theoretical studies have traditionally been associated with the fact that it is a necessary technological condition for cryptocurrencies, as well as a necessary technological element in the process of smart contracts functioning.

This means that the task of developing both general legal and sectoral (first of all in the field of tax law) approaches to the issue of legalization in general, as well as to the normative regulation of the scope, forms and methods of using blockchain technology is recognized as one of the primary tasks of the state. For tax law, it is relevant in terms of applying blockchain technology to reduce the costs associated with document flow. In 2020, based on the blockchain technology, a digital platform of the Federal Tax Service of Russia was set up¹; it provides information exchange between

¹ Decree of the Government of the Russian Federation dated 02.04.2020 No. 422 “On approval of the Rules for the provision of subsidies from the federal budget to Russian credit institutions for reimbursement of lost income on loans issued in 2020 to small and medium-sized businesses for urgent needs to support and maintain employment” // Collection of legislation of the Russian Federation. 2020. No. 15 (part IV). Art. 2279; Resolution of the Government of the Russian Federation dated May 16, 2020 No. 696 “On Approval of the Rules for Granting Subsidies from the Federal Budget to Russian Credit Institutions for Reimbursement of Lost

taxpayers, banks (VTB and Sberbank were the first to connect, and later other banks joined the project), extra-budgetary funds and tax authorities to ensure concessional lending to small and medium-sized businesses in the context of the new coronavirus infection (COVID-19)². Besides it is planned to expand introduction of blockchain technologies into tax relations to completely abandon tax reporting.

In our opinion, these facts and processes add to the relevance of blockchain technology from the point of view of legal consequences analysis of its expansion in the field of taxation. Such analysis should be based on theoretical studies related, first of all, to the assessment of the blockchain technology in terms of existence/non-existence of legal content. Then it will be clear whether there is the need to develop appropriate legal regulation and/or transform the existing tax legislation of the Russian Federation to create the conditions for the progressive development of digital economy allowing to actively apply the blockchain technology in tax administration, as well as establish and execute tax obligations.

To date, a significant number of studies have been accumulated and various normative acts have been adopted. Some of them raised dispute concerning the technological aspects of legal regulation of tax relations. Presumably, the time has come to summarize such discussions and assess the prospects for the development of the tax legislation of the Russian Federation in the context of introduction of blockchain technology into relations between taxpayers and tax authorities.

Blockchain as a category of tax law: state and prospects of legal regulation

The definition of the concept of blockchain for the purposes of tax and legal regulation determines studying its meaning in a general legal context. The term “blockchain”, stemming from technological sphere, is ambiguous. The palette of opinions on the legal nature of blockchain due to the absence of its legal definition is widely represented both in domestic (Tabernakulov & Koifman, 2019:3—28) and foreign literature (Abramov et al., 2019; Antonopoulos, 2014; Tapscott D. & Tapscott A, 2016; Xu & Huang, 2020:17434—17441).

The definition of a blockchain is most often formulated by listing its necessary and sufficient features. In our opinion, a uniform understanding of blockchain is fundamentally important since it may serve as a theoretical basis for the formation of legal regulation in the field of application of this technology in practice. Currently there are no such concepts as “blockchain” and “blockchain technology” either in Russian legislation or in legal science as there is no legal regulation of financial (including banking, payment and tax) system functioning with respect to such technology.

Incomes on Loans Issued in 2020 to Legal Entities and Individual Entrepreneurs for the Resumption of Activities” // Collected Legislation of the Russian Federation. 2020. No. 21. Art. 3277.

² See: Information of the Federal Tax Service of Russia dated 04/23/2020 “Daniil Egorov presented a service for confirming concessional loans to businesses at a video meeting with the President of Russia” // The document was not published. Access mode of the SPS “ConsultantPlus”.

The issue of the need for legislative definition of the concept of blockchain seems rather controversial and requires further scientific discussions since today blockchain is a projection solution, the architecture of which is especially promising in the financial sector, primarily because of its potential for cost reduction.

Currently, most researchers adhere to the opinion that there is no need for legal regulation of the concept of blockchain technology both in a general manner and specifics of industry regulation. For example, K.V. Nam (Nam, 2019:24—27) argues that it would be better if blockchain is not normatively defined since, in his opinion, the legal definition of technical solutions cannot always bring certainty to legal regulation, and vice versa. E.Yu. Barakina is of the opinion that it is not technologies that should be subject to regulation, but the activities carried out with their use (Barakina, 2018:53—58).

Besides, there is an opinion that from a legal point of view it is the digital asset, subject for exchange in the blockchain, that matters, and the blockchain itself only sets certain technical properties that lawyers need to distinguish between blockchain and other technologies (Rozhkova, 2018:336). In turn, we believe that if the scientific community and the legislator come to the conclusion that there is need for legal regulation of the blockchain or its individual properties (functions), then it is worth considering the issue of developing an appropriate concept to identify the tax consequences of the activities of entities using blockchain technology.

In tax law, the blockchain category also did not develop as a distinctive phenomenon. For the purposes of tax and legal regulation, the main discussions were focused on the problem of establishing the tax consequences of activities using cryptocurrencies, indicating that blockchain is the technological basis for their functioning.

An example of application of the concept of blockchain in modern tax relations is the legal regulation of digital financial assets and digital currency recognised with the adoption and entry into force of the Federal Law No. 259-FZ of July 31, 2020 On Digital Financial Assets, Digital Currency and Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Federal Law On DFA); as a result, the concept of a digital financial asset has been shaped. Its release, accounting and circulation is possible only by making (changing) entries in the information system based on a distributed register. It is important to note that the Federal Law “On DFA” did not include the rules on the peculiarities of taxation of digital currencies despite their obvious need, which has been repeatedly emphasized in the literature on tax law (Zhuravlev, Brisov, Yankovsky & Levashenko, 2020:32—35). For this reason, the Draft Law No. 1065710-7 “On Amendments to Parts One and Two of the Tax Code of the Russian Federation (in terms of taxation of cryptocurrencies)”³ supplements paragraph 2 of Article 38 of the Tax Code of the Russian Federation with the provision recognising digital money as property subject to tax purposes. Some

³ The system for ensuring the legislative activity of the State Automated System “Lawmaking”. Available at: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7> / [Accessed of February 5, 2020].

additions to and amendments of certain norms of the second part of the Tax Code were also introduced.

Strictly speaking, the novelties of tax legislation warranted by the emergence of a digital financial asset do not solve the most important issues related to taxation of taxpayers' activities connected with blockchain technology. It is assumed that the association of a digital financial asset for tax purposes with other property is temporary and entails a number of problems of tax law enforcement.

Another reason to recognise the need to apply blockchain technology in tax law is a significant amount of information carried out between participants in tax relations. As you know, the bulk of such information exists in electronic form and is processed by numerous digital services of the Russian Federal Tax Service (for example, ASK "VAT" and AIS "Taxpayer"). At the same time, part of such information, in terms of its structure and content, is electronic registers (in particular, the register type has the Unified State Register of Legal Entities and the Unified State Register of Sole/Individual Entrepreneurs), which are of a public nature and are constantly updated. However, they are not engaged in blockchain operations due to the lack of absolute involvement of private subjects of tax relations.

This gives grounds to define blockchain technology as a theoretical basis for further formation of tax and legal regulation. So, we believe that for the purposes of legal regulation of taxation blockchain technology can be described as a database of assets implemented by a digital (technological) platform that ensures effective interaction between participants in tax relations.

Thus, tax legislation has not yet undergone revolutionary changes associated with recognition of digital financial assets; the need to develop new approaches to both transformation of traditional categories of tax law and development of tax and legal regulation of digital entities is evident. At the same time, the need for active implementation of blockchain technology in tax relations urges the development of appropriate legal regulation to use such technology in taxation.

Blockchain technology in tax administration: risks and prospects of application

Blockchain technology is one of the digital tools traditionally considered by tax researchers as a promising tool for improving tax administration and automating business processes (Tikhonova, 2020:6).

This determines the study of blockchain technology as the basis of tax procedural law of the digital period and assessment of possibilities for its application in the tax process. At the same time, we consider it important to explain the meaning of the concept of *tax administration* used in this study. The term is used in the context of assessing the development of tax legislation through the active use of blockchain technology in the activities of tax authorities.

In the absence of a legal definition of the concept *tax administration* in the science of tax law, it was conventionally accepted to understand it as the activity of tax

authorities in exercising tax control over statutory compliance by organizations and individuals. When assessing the directions for improving tax administration, the exclusively imperative manner of the term is often criticized. For example, I.V. Mamonova notes the value of transparent combination of interests of participants in tax relations in defining the concept of tax administration and emphasizes the correctness of its understanding in a broader sense, adequate to modern realities. She suggests interpreting it as interaction of all participants in tax legal relations ensuring the parity of their interests and effective functioning of tax mechanism (Mamonova, 2018:37—41). A.V. Demin points out that in order to achieve the goal of forming constructive interaction between taxpayers and tax authorities, tax administration should be based on the principles of mutual trust, understanding, transparency and cooperation (Demin, 2017).

We think that in the context of active introduction of digital technologies, including blockchain technology, the core feature is transition of *tax administration* from the predominantly imperious nature of tax relations to constructive cooperation between private and public subjects of tax law. Thus, for the purposes of this study, tax administration will be understood as a system of organizational measures carried out by tax and other state bodies to form a service tax environment that ensures not only satisfaction of the budgetary interests of public law entities associated with the full and timely budget replenishment but also the mechanisms of partnership with taxpayers to stimulate their voluntary fulfilment of tax obligations.

It should be noted that significant attention is paid to the employment of blockchain technology by various government bodies of the Russian Federation. The tax authorities are known to be the leader among other state bodies in the development of new technologies (Migacheva, 2018:21—25).

For example, the possibilities of distributed ledger technology applied by tax authorities in their interaction with taxpayers and other private entities are described by A.V. Varnavsky in the monograph “Blockchain in the service of the state”: they involve automation of VAT payment, personal income tax and insurance premiums (Varnavsky, Buryakova & Sebechenko: 2020:35—46).

In particular, the author notes that the use of blockchain technology in administering taxes will lead to a total rejection of tax declarations due to formation of decentralized information database able to track the chains of taxable transactions in real time and ensure the automatic execution of tax obligations.

This approach seems to be quite reasonable, since, as V.E. Rodygina (Tsindeliani, 2019:243) asserts, one of the main challenges in the field of tax administration in the last decade have been various tax evasion schemes and illegal VAT refunds from the budget. In this regard, it seems quite logical to improve legal regulation of tax administration with new technological achievements. It is most relevant for indirect taxation where the use of blockchain will allow to algorithmize formation of the budget by paying VAT through the state digital platform.

There are also other prospects for applying blockchain technology to ensure transition to the model of relations between tax authorities and taxpayers. With regard

to such prospects, it is essential to indicate both their benefits and possible risks that might arise in fulfilling tax obligations based on blockchain technology.

1. Creation of the system of transactional (automatic) taxation with “smart” taxes whose collection is carried out automatically at the time of the taxable transaction, that is, in “real time”.

Such taxes can be oriented towards the use of distributed business ledgers in the online system. S.A. Filin and L.A. Chaikovskaya note that such introduction of blockchain technology into the process of calculating and paying (collecting) taxes is currently the area of tax authorities’ activity that is discussed at the conceptual level due to existing technical and other problems; their solution is necessary for its successful implementation (Filin & Tchaikovskaya, 2020: 940—958).

It must be assumed that the first step towards “smart taxes” introduction is creation of a taxation system in the form of a tax on professional income for the so-called self-employed taxpayers on the basis of the provisions of the Federal Law No. 422-FZ dated November 27, 2018 On the Experiment to Establish Special Tax Regime on Professional Income (hereinafter — Federal Law No. 422).

Mikhail Mishutin, being the head of the Federal Tax Service of Russia, announced formation of transactional virtual environment operated by tax authorities with launching *My Tax* mobile application; its creation is associated with administration of calculating and payment of the special tax regime called Professional Tax income. Describing the tax on professional income and emphasizing the importance of its legal structure in the process of digitalization of taxation sphere, Mikhail Mishustin noted that it creates a virtual transactional environment in the form of a closed digital ecosystem where all business entities will make transactions. As a result, the economy will become transparent by default and the Federal Tax Service of Russia will be able to automatically calculate and withhold taxes right at the time of transactions⁴.

According to the authors, transactional taxation in Russia is currently at the stage of formation, which follows from the analysis of the content of the provisions of Federal Law No. 422. Calculation and payment of tax on professional income is carried out on the basis of the “classical mechanism” which involves calculation of tax by the tax authority and sending notification to the taxpayer for payment.

2. To realize the possibility of paying tax “in real time”, it is necessary to develop legal regulation that determines the status of the so-called (in accordance with Article 3 of the Federal Law No. 422) *operators of electronic platforms* who are playing the role of intermediaries in relations between tax authorities, taxpayers and banks (Lyutova, 2020:56—67). Only then functioning of such operators/technological intermediaries based on the blockchain technology will be possible. In this case, calculation and payment of professional income tax will be carried out automatically upon receipt of payment for services provided to

⁴ Digital transformation of tax authorities became the main topic of the XII plenary session of the OECD Forum on Tax Administration. Available at: https://www.nalog.ru/rn77/news/activities_fts/8587982/ / [Accessed of February 5, 2021].

self-employed persons. It is assumed that the function of “automatic tax deduction” should appear as the additional option for each of the operators of electronic platforms. Therefore, tax authorities will not take part in the process of calculating the professional income tax since it will be automatically transferred to the accounts of the Federal Treasury. Further on, information on taxable transactions will come to the tax authorities directly from operators of electronic platforms which implies the exemption of the taxpayer from obligation to create a check and transfer it through *My Tax* application.

The risks that may arise from blockchain technology introduction into transactional taxation consist in potential possibility of abandoning tax control as a type of activity in the future. R.M. Yankovsky analyzing the process of employing blockchain notes: “In blockchain technology... there is a threat to government regulation since technology implies effective self-regulation on the basis of consensus without involving legal mechanisms. In the future, this will lead to the loss of a part of the functions of the settlement sphere by the state which, naturally, does not correspond to its interests” (Yankovsky, 2018:45—51). In our opinion, transactional taxation transforms tax administration; as a result, tax control will be minimized through the active use of the tax monitoring method.

It must be assumed that the use of operators of electronic platforms as technological intermediaries in tax relations does not imply that they will replace tax authorities and claim to perform the functions / exercise the powers of a public authority, at least in the short term. Such a model of relationship is aimed, in our opinion, solely at stimulating taxpayers to “get out of the shadows” and redistribute functions among private subjects of tax legal relations. It seems that further informatization in one way or another will lead to the transfer of a number of actions performed by counterparties and having tax consequences into a digital format. The sphere of taxation will be no exception.

In this regard, tax control can also relate to taxpayers’ tax registration, as well as tax audits. We consider it logical to establish the tax authority for random inspections of operators of electronic platforms with regulatory restrictions on their timing and number, which in the near future will be mainly carried out in the form of tax monitoring in accordance with the provisions of the Government Order of the Russian Federation No. 381-r of February 21, 2020 On approval of the Concept for the Development and Functioning of tax monitoring system in the Russian Federation. The issues of legal regulation of tax authorities’ powers applying a risk-based approach in implementing tax monitoring are one of the most controversial when discussing digitalization of tax control (Kucheryavenko, 2017:45—63; Khavanova, 2017:81—91; Khvan, 2017:161—189).

3. Application of blockchain technology in the implementation of goods traceability.

The regulatory framework for the formation of a traceability system was laid by the Agreement on the mechanism of traceability of goods imported into the customs territory of the Eurasian Economic Union, concluded in Nur-Sultan

on May 29, 2019. In pursuance of the international agreements reached on the territory of the Russian Federation, initially by the Decree of the Government of the Russian Federation No. 807 dated June 25, 2019 On Conducting an Experiment on the Traceability of Goods Released in the Russian Federation, it was established that a corresponding experiment was carried out from July 1 to December 31, 2020.

On the basis of Federal Law No. 371-FZ dated 09.11.2020, Article 23 of the Tax Code of the Russian Federation was supplemented with clause 2.3, which comes into force on 01.07.2021. Under this clause, taxpayers carrying out transactions with goods subject to traceability in accordance with the legislation are required to provide reports on transactions with goods subject to traceability, and documents containing traceability details, in the cases and in the manner established by the Government of the Russian Federation.

R.M. Shishkin asserts (Shishkin, 2019:124) that the main characteristic of the system of traceability of goods (works, services) will be an electronic document flow, including for taxpayers applying special tax regimes, which, in his opinion, will significantly simplify interaction between the state and a conscientious taxpayer. Indeed, information transmission by a taxpayer in fulfilling a tax obligation arising from the product traceability system is carried out electronically; at the same time, the modern stage of traceability can be considered “documentary”, since it does not imply full automation of the corresponding process and refusal from tax reporting.

Thus, an obvious drawback of the traceability system in its modern version is the increasing burden on the tax authorities and taxpayers associated with the emergence of a new reporting obligation for goods that fall under the traceability system. According to the just remark of A.N. Tregubov (Tregubov, 2019:16—18), the tax and customs authorities thus increase the burden associated with the comparative analysis of a large amount of data contained in accounting, shipping and customs documents.

It seems to us that the use of blockchain technology to analyze the data array associated with functioning of traceability system would be very effective. This conclusion is confirmed by foreign experience; for example, this practice is quite common in Kazakhstan.

According to information provided by E.S. Sinyagovskaya and N.B. Kuroptev, *Virtual warehouse* module is implemented in traceability system based on the *Electronic invoices* information system which allows to automatically calculate the balances of goods in the taxpayer’s warehouse, as well as track the movement of goods chain (from import to final consumption,) in real time (Sinyagovskaya & Kuroptev. 2020:33). As potential difficulties that may arise on the way of implementing new technologies in the product traceability system, the authors mention the initial need to create product classifiers in the form of unified digital registers, access to which will be the same as for government agencies and private entities. The most controversial issue in this project is the volume of information contained in such registers.

When introducing blockchain technology into legal regulation of relations concerning traceability of goods, based on such foreign experience, it is necessary to be guided by the following principles: security, protection of personal data, decentralization, transparency, accessibility, and consensus (trust).

Safety. Each participant engaged in the system is obliged to ensure security by encrypting the data. Those who commit unreasonable actions are responsible for a frivolous attitude towards safety.

Hacker attacks, fraud, identity theft, spam, malware, viruses — all these threaten human security. The average user has to rely on the protection of his/her information with simple passwords.

In the digital age, technological security is a prerequisite for human security in society. With the vulnerability of digital identity protection, a fraudster from the other end of the world can commit illegal actions; as a result, a person can lose all of his/her money. The blockchain has a robust design and transparency thanks to which people can safely exchange values and control everything that happens with their data (Tapscott, 2018:70).

In Russia, this principle is implemented in the comprehensive protection of consumer rights to receive financial services. For example, the Bank of Russia plans to adopt basic standards to protect the rights and legitimate interests of consumers of financial services, consisting of control measures, increasing financial literacy of population, and communicating information on variability of financial products provided (Tsindeliani, 2019:42).

Protection of personal data. Individuals control their own data. A person decides what, when and how much to say about their personality. Privacy is a fundamental human right and the foundation of a democratic society. Over the years of Internet existence, public and private organizations have accumulated in their databases a large amount of confidential information about citizens and organizations, including without their knowledge.

There is no personal identification in the blockchain. You do not need to provide personal information (name, email address, phone number) to use the Bitcoin software. The network itself does not require identification. In a simplified way, the action is as follows: side A transfers bitcoins from its address to side B. Personal data does not appear. The network confirms that certain number of bitcoins was controlled by side A, who then authorized the transaction. Afterwards the network records that these bitcoins are now controlled by side B. For comparison, you can imagine the credit card system. At the center of such a relationship is personal data. And it is possible that a huge number of addresses and phone numbers can become the prey of intruders if the security system is violated. In the blockchain, the participants, can remain anonymous if they wish (Tapscott, 2018:71—72). The network allows to select a specific level of anonymity for each transaction. Thus, the personal data of each participant is more reliably protected in the blockchain. The subject of the cryptocurrency market cannot access the personal data of another user. The only thing that can be found out is the pseudonym (nickname) of the other party.

Decentralization. Cryptocurrency transaction data and cryptocurrency wallet data are stored on a distributed system consisting of many separate computers. This distributed system does not have a single control center. Neither side is capable of crashing the system. If a powerful actor needs to disconnect or isolate one or more participants, the system will continue to work as no one can control the entire network.

Organizations with a larger user base, such as banks, can, at the request of the state, collect, analyze and release information without the consent of the people, i.e. to act contrary to their opinion. In the blockchain, the costs of trying to control bitcoins significantly exceed the potential financial benefits, namely, huge computing power and, therefore, electricity will have to be consumed. Bitcoins do not exist on their own; they are not documents or files, they only represent constantly changing income and expenses. Therefore, they cannot be copied or lost. Bitcoin ownership rights are recorded in the main journal and identified as belonging to a specific owner. The owner may lose the ability to manage the account, for example, by losing the password to the electronic wallet, but it is literally impossible to lose cryptocurrency (Vigna, 2018:166).

Availability. The physical availability of a blockchain must be weighed against affordability and ease of use. In accordance with the Strategy for Increasing Financial Inclusion in the Russian Federation, approved by the Bank of Russia, consumer protection in the financial sector and increasing financial literacy is a priority⁵. In this sense, it is planned to improve the regulatory framework. Also, the concept of financial affordability has been defined; it is the state in the financial market where participants in financial relations (small and medium-sized businesses, citizens) have an affordable opportunity to receive the required amount of financial services⁶.

In this regard, one can note a significant growth in automated financial services, an increase in the level of self-service in the banking sector.

Consequently, the principle of accessibility is characterized not only by the physical simplicity of the provision of financial services, but also by their quality, safety, economy, uninterrupted operation, variability, continuity and extraterritoriality (Tsindeliani, 2019:40).

Transparency. Any participant in the cryptocurrency market has access to all information on transactions that are stored using blockchain technology. At the same time, the data cannot be changed by participants or other subjects, it cannot be manipulated; such state of things considerably reduces the possibility of financial fraud.

Personal rights and freedoms are transparent, universally recognized, respected and legally protected. In the early days of the digital economy, people sought to find ways to exercise these rights. Internet became a new medium for news, entertainment,

⁵ Official website of the Bank of Russia. Available at: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/44104/str_30032018.pdf / [Accessed February 5, 2021].

⁶ Официальный сайт Банка России. Режим доступа: https://www.cbr.ru/finmarket/development/development_affor/ (дата обращения: 05.02.2021).

copyright establishment and protection, sale and purchase, etc. Thus, people had to rely on intermediaries to manage transactions, who could refuse, delay, conduct or cancel the deal.

In combination with crypto-protection, the blockchain does not allow double-spending and registers the ownership of each unit of the digital currency in circulation. Any transaction cannot be changed or canceled. In the blockchain, it is impossible to sell what does not belong to the participant (both material and intellectual property).

Consensus (trust). Trust is an internal element of the entire process. Compliance with ethical standards is coded and distributed among all participants and is not monitored by anyone. The interaction of subjects proceeds from the fact that everyone acts honestly, responsibly, transparently, taking into account other people's interests. Elements of ethics are encoded in decision-making rights and in the operations themselves. Violation of ethics requires a lot of money, time, reputation, or is ruled out altogether.

Before the digital age, it was impossible to conduct business directly on the Internet, since money is inherently different from other material or intellectual values; it cannot exist in two places at the same time. A mechanism has been created in the blockchain that deals with the problem of double spending in the same way as a reliable third party. The network records the time of the first transaction and prevents respending of this bitcoin. Transactions in the blockchain are open and cannot be hidden. Hence, this platform provides trust in transactions and other recorded information, regardless of the actions of the other party. Trust is a prerequisite for the digital economy, and blockchain opens up many opportunities for a new type of reliable, credible and massive collaboration (Tapscott, 2018:56—60).

4. Application of blockchain technology to minimize tax reporting, as well as to exempt from the obligation to submit it for certain categories of taxpayers.

According to the authors, the issues of legal regulation of the tax obligation to provide tax reporting in the context of the blockchain technology deserve an independent scientific study; this article is only outlining separate “benchmarks” that characterize the main problems and directions of development of tax legislation in this area.

First of all, it should be noted that despite being mentioned in a number of policy documents, the need to take measures to minimize tax reporting through the use of information technology, which became available in the context of developing digital services, in practice this approach has the opposite trend. In fact, the Address of the President of the Russian Federation to the Federal Assembly of 03/01/2018 points out the value of “drastic simplification” of tax reporting for entrepreneurs using cash registers, and for individual entrepreneurs and the self-employed using digital services; according to Russian President it is necessary to exempt these categories of entrepreneurs from reporting and turn the tax payment into a simple transaction. Also, simplification of tax reporting as a goal of national development was indicated in the National Project “Small and Medium Enterprises and Support

for Individual Entrepreneurial Initiatives”, adopted in pursuance of the Presidential Decree of the Russian Federation No. 204 of May 7, 2018 On National Goals and Strategic Development Objectives of the Russian Federation for the Period up to 2024.

An example of a simplified procedure for submitting tax reports is, for example, reporting on the property tax of organizations (this procedure came into force in 2020): a taxpayer registered with several tax authorities of the constituent entities of the Russian Federation at the location of the real estate objects belonging to him, whose tax base is determined as their average annual value, has the right to submit a tax return in respect of all such objects to one of the specified tax authorities of their choice. For this, in accordance with paragraph 1 of Art. 386 of the Tax Code of the Russian Federation, he/she must annually notify the Federal Tax Service Administration for the constituent entity of the Russian Federation about the choice of the tax authority in the prescribed form. Despite the fact that property tax is regional, the tax legislation does not provide for the powers related to regulating tax reporting issues for the constituent entities of the Russian Federation; the rights and obligations of tax authorities in relation to tax returns are regulated by the Tax Code of the Russian Federation uniformly, without taking into account regional specifics.

For the purposes of simplifying tax reporting, it would be advisable to provide for the obligation to submit only one declaration without the need for notification and establish the right of the regional FTS of Russia to automatically exchange information about submitted reports in cases where this is provided for by the law of a constituent entity of the Russian Federation, as well as establish the procedure for such an exchange. In our opinion, imposing obligation on a taxpayer to provide notification of tax return submission does not facilitate the procedure. At the same time, such a procedure does not make sense because the tax authorities have the relevant information in the information resource; it is regulated by tax authorities, but the rules are not available for the taxpayer to study. Establishing the possibility of information exchange between tax authorities of the constituent entities at the level of regional laws, but not at the level of the documents for official use, will become an effective tool to protect taxpayer’ interests in potentially possible cases of their rights’ violation.

As a universal option for minimizing tax reporting and subsequent general exemption from the corresponding tax obligation is accessing by tax authorities the primary documents of taxpayers “in real time”, which can be ensured with the help of blockchain technology.

In this regard, tax monitoring as well as the use of online cash registers may be looked at as “preparatory measures”, provided that blockchain is introduced into tax administration.

Another option for using blockchain technology for the prospective refusal of tax reporting may be inclusion of tax authorities into the *smart contract mechanism* used in relation to taxable transactions; as a result, tax can be calculated in an automatic

transactional manner, and the need for tax reporting is levelled by the properties of the distributed ledger as the basis for blockchain operation. Such properties imply the ability to track taxable actions of taxpayers at the time of their commission without the possibility of any retroactive changes. It seems that such approach can be introduced and tested by the state in the near future, provided that the tax authorities obtain access to the primary documentation of taxpayers.

In addition to the obvious benefits of using blockchain technology to optimize tax reporting, there are a number of possible negative aspects that should also be taken into account when developing legal regulation of blockchain implementation in tax administration. For example, I.A. Khavanova points to certain difficulties in taxation of transactions that may arise when using *smart contracts*: for example, problems associated with transfer pricing arising from profits gained through changes in the value of cryptocurrencies in case of connecting *smart contracts* to various decentralized exchanges for automatic transactions with cryptocurrencies and tokens; issues of documentary confirmation of transactions, proof of justification of expenses, justification of tax benefits and business purpose (Khavanova, 2020:38).

In addition, it can be noted that when using *smart contracts* in tax administration, other questions may arise: who will create and administer a smart contract, will it be private or public, and how, when choosing one or another option, is their security ensured and transparency guaranteed? Other relative questions are: where is surplus value created and how should it be taxed?

Another risk of using blockchain technology to waive the obligation of tax reporting is conventionally designated by researchers “subjective factor”. As Gracheva argues “not all taxable persons have the opportunity, the necessary competencies and the desire to use modern digital methods” (Gracheva (ed.), 2020:118).

Conclusion

Thus, the review of academic literature on the development of tax and legal regulation on applying blockchain technology, carried out within the framework of this scientific article, allows us to draw the main conclusion about the undoubted value of legal regulation of tax relations that arise, change and terminate due to the transition of taxation to a new stage of digital development — digital maturity.

It seems that the main drawback of the current state of legal regulation of tax relations associated with blockchain technology is the lack of a unified terminological and methodological approach to the formation of tax legislation development process. The result of this is legal uncertainty in the following issues: lack of the mechanism for legal regulation of tax consequences of relations associated with digital financial assets that is adequate to modern realities; incompleteness of transition process to transactional taxation, experimentally established for self-employed taxpayers; introduction of product traceability system, which implies additional “documentary” tax obligations.

References / Список литературы

- Abramov, V., Popov, N., Istomin, E., Sokolov, A., Popova, A. & Levina, A. (2020) Blockchain and big data technologies within geo-information support for arctic projects. *Proceedings of the 33rd International Business Information Management Association Conference, IBIMA 2019: Education Excellence and Innovation Management through Vision*. Granada, Spain. Doi: 10.1088/1757-899X/940/1/012003
- Barakina, E.Y. (2018) The concept of “blockchain technology” and its application in the national payment system of the Russian Federation: issues of legal regulation. *Banking law*. (1), 53—58 (in Russian).
Баракина Е.Ю. Понятие «технология блокчейн» и его применение в национальной платежной системе Российской Федерации: вопросы правового регулирования // *Банковское право*. 2018. № 1. С. 53—58.
- Demin, A.V. (2017) Dispositivity and taxation: commentary on tax administration legislation and practices. ConsultantPlus. (in Russian).
Демин А.В. Диспозитивность и налогообложение: комментарий законодательства и практики налогового администрирования // СПС КонсультантПлюс, 2017.
- Filin, S.A. & Tchaikovskaya, L.A. (2020) Taxes in the digital economy and cyberphysical technologies. *International accounting*. (8), 940—958. (in Russian).
Филин С.А., Чайковская Л.А. Налоги в цифровой экономике и киберфизические технологии // *Международный бухгалтерский учет*. 2020. № 8. С. 940—958.
- Gracheva, E.Yu. (ed.) (2020) *Current problems of financial law in the conditions of digitalization of the economy: monograph*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Актуальные проблемы финансового права в условиях цифровизации экономики: монография / под ред. Е.Ю. Грачевой. М.: Проспект, 2020. 256 с.
- Hwan, L.B. (2017) Administrative discretion in tax legal relations (based on the materials of the Republic of Uzbekistan). *Public Law Yearbook 2017: Discretion and Evaluation Concepts in Administrative Law*, pp. 161—189 (in Russian).
Хван Л.Б. Административное усмотрение в налоговых правоотношениях (по материалам Республики Узбекистан) // *Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве*. 2017. С. 161—189.
- Khavanova, I.A. (2017) Tax jurisdiction: possible and deferred risks. *Journal of Russian Law*. (12), 81—91 (in Russian).
Хаванова И.А. Налоговая юрисдикция: грани возможного и отсроченные риски // *Журнал российского права*. 2017. № 12. С. 81—91.
- Khavanova, I.A. (2020) Smart contracts: the phenomenon of techno-legal regulation and taxes. *Financial law*. (3), 36-38 (in Russian).
Хаванова И.А. Смарт-контракты: феномен техноправового регулирования и налоги // *Финансовое право*. 2020. № 3. С. 36—38.
- Kucheryavenko, N.P. (2017) Features of discretion in tax and legal regulation. In: *Public Law Yearbook 2017: Discretion and evaluation concepts in administrative law*. Moscow, Infotropik Media Publ. pp. 45—63. (in Russian).
Кучерявенко Н.П. Особенности усмотрения в налогово-правовом регулировании // *Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве*. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 45—63.
- Lyutova, O.I. (2020) Operators of electronic platforms as participants in tax relations of the digital era (using the example of tax on professional income). *Pravoprimerenie*. (4), 56—67. (in Russian).

- Лютова О.И. Операторы электронных площадок как участники налоговых отношений цифровой эпохи (на примере налога на профессиональный доход) // *Правоприменение*. 2020. Т. 4. № 4. С. 56—67.
- Mamonova, I.V. (2018) Trends and prospects of tax administration in modern conditions. *Taxes*. (1), 37—41. (in Russian).
- Мамонова И.В. Тенденции и перспективы налогового администрирования в современных условиях // *Налоги*. 2018. № 1. С. 37—41.
- Migacheva, E.V. (2018) Tax control in the context of the development of the digital economy. *Financial law*. (8), 21—25 (in Russian).
- Мигачева Е.В. Налоговый контроль в условиях развития цифровой экономики // *Финансовое право*. 2018. № 8. С. 21—25.
- Nam, K.V. (2019) Legal problems related to the use of blockchain. *Judge*. (2), 24-27 (in Russian).
- Нам К.В. Правовые проблемы, связанные с применением блокчейна // *Судья*. 2019. № 2. С. 24—27.
- Rozhkova, M.A. (2018) Internet law: a collection of papers. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
- Рожкова М.А. Право в сфере Интернета: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. 528 с.
- Shishkin, R.M. (2019) *Tax benefit in business fragmentation: the position of tax authorities and courts*. Moscow, Editorial Board of Rossiyskaya Gazeta Publ. Issue 3. (in Russian).
- Шишкин Р.М. Налоговая выгода при дроблении бизнеса: позиция налоговых органов и судебных инстанций. М.: Редакция «Российской газеты». Вып. 3. 2019. 176 с.
- Sinyagovskaya, E.S. & Kuroptev, N.B. (2020) Problems of introduction of traceability system of goods in EAEU. *Innovation Technology Newsletter*. 3 (915), 33—38 (in Russian).
- Синяговская Е.С., Куроптев Н.Б. Проблемы внедрения системы прослеживаемости товаров в ЕАЭС // *Бюллетень инновационных технологий*. 2020. Т. 4. № 3 (915). С. 33—38.
- Swan, M. (2015) *Blockchain: Blueprint for a New Economy*. Boston, O'Reilly Media.
- Tabernakulov, A. & Kuifmann, Y. (2019) *Blockchain in practice*. Moscow, Alpina Publisher. (in Russian).
- Табернакулов А., Койфманн Я. Блокчейн на практике. М.: Альпина Паблишер, 2019. 264 с.
- Talapina, E.V. (2019) Blockchain in public administration: legal prospects and risks. *Laws of Russia: experience, analysis, practice*. (5), 77—82 (in Russian).
- Талапина Э.В. Блокчейн в государственном управлении: правовые перспективы и риски // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2019. № 5. С. 77—82.
- Tapscott, D. & Tapscott, A. (2016) *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*. London, Portfolio.
- Тарскотт, Д. (2018) *Blockchain technology: what drives the financial revolution today*. Moscow, Eksmo Publ. (in Russian).
- Тарскотт Д. Технология блокчейн: то, что движет финансовой революцией сегодня. М.: Эксмо, 2018. 448 с.
- Tikhonova, A.V. (2020) Cryptocurrency and blockchain: scope of application in Russian tax law. *Taxes and taxation*. (4), 1—9 (in Russian).
- Тихонова А.В. Криптовалюта и блокчейн: сфера применения в налоговом праве России // *Налоги и налогообложение*. 2020. № 4. С. 1—9.
- Tregubov, A.N. (2019) Establishment of a traceability system as a response to smuggling of goods. *Customs affairs*. (3), 16—18 (in Russian).
- Трегубов А.Н. Создание системы прослеживаемости как меры противодействия незаконному ввозу товаров // *Таможенное дело*. 2019. № 3. С. 16—18.
- Tsindeliani, I.A. (ed.). (2019) *Financial law in the development of the digital economy: monograph*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).

- Финансовое право в условиях развития цифровой экономики: монография / под ред. И.А. Цинделиани. М.: Проспект, 2019. 320 с.
- Varnavsky, A.V., Buryakova, A.O. & Sebechenko, E.V. (2020) *Blockchain in the service of the state: monograph*. Moscow, KNORUS Publ. (in Russian).
- Варнаровский А.В., Бурякова А.О., Себеченко Е.В. Блокчейн на службе государства: монография. М.: КНОРУС, 2020. С. 35—46.
- Viña, P. (2018) *The era of cryptocurrencies. How Bitcoin and blockchain are changing the world economic order*. Moscow: Mann, Ivanov and Ferber Publ. (in Russian).
- Винья П. Эпоха криптовалют. Как биткоин и блокчейн меняют мировой экономический порядок. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2018. 575 с.
- Xu, Y. & Huang, Y. (2020) Segment blockchain: a size reduced storage mechanism for blockchain. *International Journal of Energy Sector Management*. (8), 17434—17441.
- Yankovsky, R.M. (2018) Problems of legal regulation of cryptocurrencies. *Business law. Business and Law application*. (1), 45—51. (in Russian).
- Янковский Р.М. Проблемы правового регулирования криптовалют // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право». 2018. № 1. С. 45—51.
- Zhuravlev, A., Brisov, Yu., Yankovsky, R. & Levashenko, A. (2020) The evolution of cryptoeconomics and recent trends in decentralized finance. *Bank Review*. (10), 32—35. (in Russian).
- Журавлев А., Брисов Ю., Янковский Р., Левашенко А. Эволюция криптоэкономики и последние тренды децентрализованных финансов // Банковское обозрение. 2020. № 10. С. 32—35.

About the authors:

Olga I. Lyutova — Candidate of Legal Sciences, leading researcher at the Institute of State and Municipal Administration, National Research University Higher School of Economics (NRU HSE); 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-6603-8859

e-mail: olyutova@hse.ru

Irina D. Fialkovskaya — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law, National Research Nizhny Novgorod State University named after N.I. Lobachevsky; 23 Gagarina pr., Nizhny Novgorod, 603022, Russian Federation

e-mail: i.fialk@yandex.ru

Об авторах:

Лютова Ольга Игоревна — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник, Институт государственного и муниципального управления; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 11

ORCID ID: 0000-0002-6603-8859

e-mail: olyutova@hse.ru

Фялковская Ирина Дмитриевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права, Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского; Российская Федерация, 603022, г. Нижний Новгород, пр. Гагарина, д. 23

e-mail: i.fialk@yandex.ru

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ BOOK REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-711-718

Информационная статья

Право — неотъемлемый элемент культуры: к 85-летию профессора РУДН Геннадия Илларионовича Муромцева

А.В. Корнев✉

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Российская Федерация
✉kornev_av@rambler.ru

Аннотация. Посвящается 85-летию юбилею доктора юридических наук, профессора кафедры теории права и государства, руководителю научного направления «Социокультурные исследования права» Геннадия Илларионовича Муромцеву. Анализируется вклад ученого в юридическую науку. Речь идет о его исследованиях в области правовых и политических систем развивающихся стран, общей теории права, а также сравнительного правоведения. Специфику правовых систем развивающихся стран Г.И. Муромцев видит в сочетании в рамках «национальных» правовых систем элементов разнотипных правовых культур, что придает значительную противоречивость их структуре, системе источников права, техники его систематизации и т. д. Профессор Г.И. Муромцев впервые в отечественной теории права раскрыл специфику традиционного права и закономерности его возникновения. Также впервые им было дано универсальное определение понятия источника права, применимое не только к европейскому, но и к традиционному праву. Право рассматривается им как неотъемлемый элемент культуры, сквозь призму которой он исследует современное российское право. Им дана оригинальная трактовка юридической техники, Свода законов применительно к российским условиям. Им разработана принципиально новые концепции правогенеза, монономы, исторической типологии права, впервые с материалистических позиций раскрыты закономерности происхождения, структуры и эволюции мусульманского права.

Ключевые слова: всемирная эволюция, правогенез, монономия, историческая типология права, правовая культура, правовая политика, современное российское право

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 03 февраля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Корнев А.В., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Корнев А.В. Право — неотъемлемый элемент культуры: к 85-летию профессора РУДН Геннадия Илларионовича Муромцева // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 711—718. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-711-718

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-711-718

Information Article

**Law is an integral element of culture:
to the 85th anniversary of RUDN professor
Gennady Illarionovich Muromtsev**

Arkadiy V. Kornev✉

Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Moscow, Russian Federation
✉kornev_av@rambler.ru

Abstract. Dedicated to 85th anniversary of the Doctor of Legal Sciences, Professor of the Theory of Law and State Department, Head of the Scientific Direction “Social and Cultural Investigations of Law” Gennadiy Illarionovich Muromtsev. The scientist’s contribution to legal science has been analyzed. The focus is on his investigations in the sphere of legal and political systems of the developing countries, general theory of law, and comparative law. G. I. Muromtsev looks at the specifics of legal systems of the developing countries in combination with different elements of legal cultures within the national legal systems; this makes their structure, the system of sources of law, the technique of its systematization and so on significantly inconsistent. Professor G. I. Muromtsev for the first time in the theory of law of this country revealed the specifics of the traditional law and law-governed nature of its origin. Also for the first time ever, he gives the universal definition to the notion source of law, which is acceptable not only to European but also to traditional law. He investigates law as an integral part of culture; through this prism he examines contemporary Russian law. He gives original interpretation to legal technique, the code of laws in reference to Russian conditions. He has developed fundamentally new conceptions of genesis of the law, mononorm, historical typology of the law; for the first time from materialistic standpoint he revealed the law-governed nature of the origin, structure, and evolution of Muslim law.

Key words: world evolution, law-genesis, mononorm, historical typology of law, legal culture, legal politics, contemporary Russian law

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 03rd February 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Kornev, A.V. (2021) Law is an integral element of culture: to the 85th anniversary of RUDN professor Gennady Illarionovich Muromtsev. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 711—718. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-711-718

Вся научная и педагогическая деятельность профессора Муромцева связана с Российским университетом дружбы народов (до 1992 г. Университет дружбы народов имени Патриса Лумумбы). В 1964 г. он поступил в его аспирантуру, по окончании которой уже более полувека работает в Университете.

В 1968 г. защищена кандидатская диссертация на тему «Некоторые особенности национального права в странах Африки, развивающихся по некапиталистическому пути». Тема диссертации отражала в том числе характер задач, стоявших перед молодым Университетом, и включала две составляющих. Одна из них — право стран Африки, другая — концепция некапиталистического пути развития освободившихся стран. Актуальность первой вытекала из практической неизученности африканского права в отечественном правоведении, актуальность второй — из потребности обосновать возможность движения развивающихся стран — через ряд исторически промежуточных ступеней — к социализму. Разработанная советскими обществоведами концепция некапиталистического пути развития (или социалистической ориентации) развивающихся стран была по сути элементом политики, направленной на укрепление позиций социализма в мире. Ее проблемность проявится позже, с распадом СССР, а тогда, в 60-х гг. прошлого века, еще сохранялись иллюзии относительно возможности ее успешной реализации.

В 1990 г. Муромцев защитил докторскую диссертацию на тему «Источники права в развивающихся странах Азии и Африки (теоретико-правовые проблемы)». Это была первая в нашей правовой литературе докторская диссертация на стыке теории права и сравнительного правоведения со столь значительным охватом правовых систем, существенно отличных в ряде своих аспектов от европейского права. В основе этих отличий были сохранявшиеся в большинстве указанных стран пережитки добуржуазных, а порой и дофеодальных отношений, а также специфика формирования права этих стран, проходившего как бы в два русла. Так, с одной стороны, на местной культурной почве здесь исторически сложилось право традиционного типа (обычное, индуское, исламское и т. д.), с другой, в условиях прошлой колониальной и полуколониальной зависимости подавляющего большинства этих стран европейский сегмент их правовых систем в основном был воспринят извне и насажен «сверху» колонизаторами. Правовые системы указанных стран отличает крайняя противоречивость, проявляющаяся, прежде всего, на стыке европейского и традиционного сегментов правовых систем. Так, «слитное» традиционное право может быть и «над», и «под» по отношению к конституции, отражая соотношение разнотипных элементов правовой культуры общества. А устное обычное право подчас сохраняет свое действие и за рамками официальной правовой системы («живое право»).

Не удивительно, что при исследовании такого права принятая в отечественной науке правовая методология подчас демонстрировала свою неадекватность.

Сфера научных интересов профессора Г.И. Муромцева включает проблематику развивающихся стран, общей теории права и государства, а также сравнительного правоведения. При этом Г.И. Муромцева отличает использование в научных исследованиях в основном малых литературных форм. В его научном багаже несколько крупных работ (одна авторская монография, два учебных пособия, главы коллективных монографий (их пять), главы учебников (их три)). Своим научным исследованиям он придает большей частью форму статей, (которых у него более сотни). Их отличают две особенности. Это, во-первых, разнообразие тематики. Так, в числе его работ по проблемам права развивающихся

стран есть такие, как «Конституции арабских государств», «Институт конституционного контроля» (глава в трехтомном курсе «Конституционного права развивающихся стран»), «Систематизация и кодификация права в развивающихся странах», «Политические системы арабских стран», «О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки», «Ислам и мусульманское право в странах социалистической ориентации», «Источники индусского права», «О некоторых аспектах структуры права» и т. д.

Другой особенностью этих публикаций являются научные выводы, к которым приходит автор. Немалое их число существенно меняет наши представления об исследуемых проблемах. Так, Г.И. Муромцев первым в отечественной правовой литературе описал специфику традиционного права (обычного, индусского, исламского и т. д.), состоящую в том, что на ранних стадиях своей истории оно повсеместно слитно с религией, моралью, мифологией и в силу этого неизменно, воспринимается как возникающее «само собой», и не нуждающееся в аппарате государства. Осознание причин этой специфики, а также закономерностей возникновения и развития такого права заняло немало лет. На рубеже 90-х и 2000-х гг. он сумел объяснить лишь, как это происходило, а почти через 20 лет — объяснить причины. Становление права, — писал он в этой связи в конце 90-х гг., — начинается здесь с формирования слитной религиозно-философской системы и постепенного выделения в ее рамках собственно правовых норм. Поэтому система источников права своей вершиной упирается в «небо», а самый древний источник является здесь и самым важным. Правовых норм в нем либо крайне мало, либо еще вообще нет. На ранних стадиях этого процесса право — еще неотъемлемый элемент космического мировосприятия и предстает как негосударственное в основе своей явление, при этом не только социальное, но и космическое. Его нормы еще «растворены» в предписаниях нравственного, религиозного, этического характера¹.

К такому праву было неприменимо принятое в нашей теории права понятие источника права. Профессор Г.И. Муромцев — впервые в теоретико-правовой литературе — сформулировал универсальное его определение, применимое как к современному европейскому, так и к традиционному праву. Источник права понимается им как обусловленный характером правопонимания данного общества способ признания социальных норм в качестве обязательных².

Исследуя проблему систематизации и кодификации права в развивающихся странах, он приходит к выводу, что категории общей теории права здесь не всегда приемлемы, поскольку систематизация слитных норм традиционного права предполагает адекватное изменение общественного сознания, а также социальных структур, на что необходимо время, сравнимое с эпохами истории.

Рассматривая понятие юридической техники, Г. И. Муромцев, пожалуй, впервые в нашей литературе поставил вопрос о ее исторических корнях и путях становления в условиях различных правовых культур. Он — единственный из отечественных авторов — дал «многомерное» ее определение. Юридическая

¹ Муромцев Г.И. Источники индусского права // Вестник РУДН. Серия Юридические науки. 1997. № 1. С. 38.

² Муромцев Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы) // Правоведение. 1992. № 2. С. 29.

техника определяется им как широкая многоаспектная категория для выражения: 1) прикладных аспектов профессиональной юридической деятельности; 2) формально-структурных аспектов теории права, а также действующего права; 3) степени совершенства формы, структуры и языка права. Имея собственное содержание, юридическая техника может в известном контексте сливаться с правом³.

В статье «Нужен ли России Свод законов?» он признает ошибочной оценку Свода законов СССР в советской литературе. Свод законов Российской империи был принят в эпоху, когда Западная Европа уже кодифицировала свое частное право. Он консервировал отсталость России. В досоветской отечественной литературе Свод получал в основном резко отрицательную оценку, тогда как в литературе советской Свод законов СССР рассматривался как высшая форма кодификации. На примере опыта зарубежных стран Г.И. Муромцев приходит к выводу о приемлемости свода законов как формы упорядочения права лишь в федеративных государствах. Вместе с тем он считает ошибкой начавшуюся в середине 90-х гг. подготовку к изданию Свода законов РФ, поскольку законодательство, которое должно составить его основу, отражает вчерашний день России⁴.

Существенным шагом в развитии представлений о правовой культуре стала глава профессора Г.И. Муромцева «Культура и право: аспекты соотношения» в коллективной монографии «Право и культура» М., 1999. Он отмечает, что с отказом от марксистско-ленинской, или классово-концепции права в научных исследованиях начинает доминировать аксиологический (ценностный) подход к праву как важному компоненту человеческой культуры. На этом фоне все отчетливее проявляется односторонность сложившихся в прошлом представлений. Так, в учебной и научной литературе правовая культура предстает как внешнее по отношению к праву явление. Между тем культурологический подход предполагает видение права не только во взаимодействии с некой культурной средой, но и в качестве неотъемлемого элемента культуры, вне связи с которой нельзя объяснить многих явлений правовой действительности.

Одно из них — феномен постсоветского российского права. По мнению Г.И. Муромцева, в современной отечественной литературе обычно не учитывается уникальная специфика его становления, связанная с произошедшей в стране социальной и политической революцией, в ходе которой общественный строй, основанный на государственной и общественной собственности на орудия и средства производства, был заменен противоположным общественным строем, признающим плюрализм форм собственности. Историческая уникальность этой революции состоит в том, что Россия движется к капитализму, предварительно выкорчевав в советское время его основы. Это серьезно осложняет проблему формирования гражданского общества, становление которого идет во многом в порядке, обратном тому, что было в Западной Европе. Там гражданское

³ Муромцев Г.И. Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // Правоведение. 2000. № 1. С. 20.

⁴ Муромцев Г.И. Нужен ли России Свод законов? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 3—23.

общество было основой формирования буржуазного права, здесь у нас, напротив, (будущая) модель общества сначала закрепляется в праве. Отсюда — российская революция произошла при отсутствии ее социальных и политических предпосылок, то есть частной собственности, класса — ее носителя и политической силы, способной взять власть. Этим же объясняется и еще одна ее особенность, состоящая в том, что ее движущей силой стала в основном вчерашняя партийная и советская номенклатура.

В этих условиях новое право обладает крайне низкой эффективностью: ведь оно в основном привнесено извне, а не выросло на местной почве. Кроме того, курс на модель общества по образцу развитых стран предполагает, по сути, советский вариант взаимодействия политики и права, то есть примат первой над вторым.

Закрепленные в Конституции РФ принципы (правовое, демократическое, социальное государство, высшая ценность прав человека) возникли в странах Европы в условиях достаточно зрелого капитализма. Однако в российском обществе, где он возник «с сегодня на завтра», условия для их полноценного действия еще не созрели. Отсюда основной особенностью этой Конституции, как и формировавшегося на ее основе права, была их неадекватность характеру социальных отношений и общественного правосознания. По мнению Г.И. Муромцева, адекватными они станут лишь по преодолении исторически переходного периода, в условиях которого государство обладает исключительной самостоятельностью по отношению к обществу. В этот период наиболее приемлемой он считает временную конституцию, которую отличают наличие программных положений и более узкий перечень прав и свобод человека и гражданина⁵.

Используя новые подходы, профессор Г.И. Муромцев пришел к выводам, существенно изменившим наши представления о правогенезе и исторической типологии права. Новизна подхода состоит здесь в значительном расширении предмета исследования и вынесении исходных точек процесса правогенеза в более глубокие пласты времени, за рамки истории. В итоге в исследовании используются наработки не только юриспруденции, но и других наук, как гуманитарных, так и естественных, а становлению механизмов регуляции поведения в зарождающемся обществе предшествуют аналогичные процессы на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции. В таких условиях право и общество возникают одновременно, что обуславливает превращение права в природно-социальное явление. Рассматривая мононорму как зародышевую форму нормативного регулирования, Г.И. Муромцев предостерегает против восприятия ее как лишь слитной совокупности (будущих) норм религии, морали и права. В условиях бесписьменной культуры мононорма включает, прежде всего, «картину мира», где слитны социальная, природная и сверхъестественная составляющие. С одной стороны, обычай-мононорма отражает опыт многих поколений предков,

⁵ Муромцев Г.И. О некоторых особенностях нашей Конституции // Вестник РУДН. Серия Юридические науки. 2004. № 1. С. 46—52. Он же. Культурно-историческая специфика России и Конституция РФ 1993 г. // Конституция как основа правовой системы государства в XXI веке. Материалы Международной научно-практической конференции 30—31 октября 2008 г. М., 2009. С. 408—420. Он же. Правовая политика: проблемы методологии // Правоведение. 2005. № 1. С. 9—24.

с другой, ее сверхъестественная составляющая (божества, духи и т. д.) выступает как эквивалент аппарата принуждения к ее соблюдению. Процесс зарождения права начинается с выделения в рамках слитных мононорм тех из них, соблюдение которых обеспечивает выживание и воспроизводство социальной общности (брак, семья, собственность, наследование, возмещение вреда и т. д.). Их «параметры» (несотворимость, — они возникают как бы «сами собой», — слитность, неизменность, распространение их действия на область сверхъестественного) были восприняты правовыми системами раннеклассовых обществ (иудейской, индусской, зороастрийской, исламской и т. д.). Толкование их норм представителями религиозного культа было исторически начальной формой правотворчества. И лишь в странах европейской культуры право освобождается от религиозной формы после буржуазных революций.

Следуя этой концепции правогенеза, Г.И. Муромцев впервые в теоретико-правовой и исламоведческой литературе объяснил с материалистических позиций специфику возникновения, структуры и закономерностей развития мусульманского права, которые невозможно объяснить, рассматривая право и государство как парные категории⁶.

Продолжением и развитием концепции правогенеза является предложенная профессором Г.И. Муромцевым концепция исторической типологии права. Он выделяет в правовой истории две эпохи, в одну из которых право слитно с религией и моралью, в другую выступает в «чистом» виде. Первую из них он называет эпохой традиционного права, вторую — эпохой «государственного» права. Каждая из них является основой соответствующего типа права. Первый тип характерен для предклассовых и раннеклассовых обществ и включает обычное право на его догосударственной стадии, традиционно-религиозное право (иудейское, индусское, зороастрийское, исламское), а также римское право архаической эпохи.

Второй тип права формируется в странах европейской культуры с победой буржуазных революций. Название «государственный» призвано здесь подчеркнуть важную роль государства в его развитии. Помимо конкретных правовых систем он может включать также их совокупности, называемые «семьи правовых систем».

В силу неравномерности исторического развития один и тот же тип права может существовать на разных стадиях правовой истории и наоборот: разные типы права — сосуществовать в одно и то же время, подчас в рамках одной и той же правовой системы (например, европейское законодательство и обычное право, исламское право и т. д.).

В качестве переходного от традиционного типа к «государственному» профессор Г.И. Муромцев рассматривает европейское феодальное право, которое возникает как традиционное, а сходит с исторической арены при централизованной монархической власти и развитием правотворчестве государства.

⁶ Муромцев Г. И. Мусульманское право в контексте правогенеза // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2021. № 2. С. 80—106.

Особое место в этой типологии занимает социалистический тип права, где правящая партия по существу слитна с государством, а партийная директива имеет приоритет перед законом. По его мнению, природа этого права еще ждет своего исследователя.

В год юбилея профессор Г.И. Муромцев полон новых идей и творческих замыслов.

Об авторе:

Корнев Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); Российская Федерация, 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

SPIN-code: 7939-1668

e-mail: kornev_av@rambler.ru

About the author:

Arkadiy V. Kornev — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Head of the Department of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL); 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, 125993, Russian Federation

SPIN-code: 7939-1668

e-mail: kornev_av@rambler.ru

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-719-728

Информационная статья

Проблемы и перспективы развития местного самоуправления в Российской Федерации и зарубежных странах: обзор Всероссийской конференции с международным участием

Л.Т. Чихладзе, Е.Ю. Комлев  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация
Komleve@mail.ru

Аннотация. 19—23 апреля 2021 г. в Юридическом институте Российского университета дружбы народов на базе кафедры муниципального права была организована Всероссийская конференция с международным участием «Проблемы и перспективы развития местного самоуправления в Российской Федерации и зарубежных странах», в которой приняли участие более 150 ученых из России и зарубежных стран. Конференция приобрела традиционный характер и проводится в пятый раз. В 2021 г. она ознаменовалась значительным расширением состава российских и зарубежных участников. Дополнительная актуальность конференции была вызвана внесенными в 2020 г. в Конституцию Российской Федерации изменениями, призванными оказать существенное влияние на развитие института местного самоуправления в Российской Федерации. В настоящем обзоре представлена общая характеристика конференции, содержание пленарного и секционных заседаний.

Ключевые слова: местное самоуправление, публичная власть, органы публичной власти, конституция, конституционная реформа

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: нераздельное соавторство.

Дата поступления в редакцию: 07 мая 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

Для цитирования:

Чихладзе Л.Т., Комлев Е.Ю. Проблемы и перспективы развития местного самоуправления в Российской Федерации и зарубежных странах: обзор Всероссийской конференции с международным участием // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 719—728. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-719-728

**Problems and Prospects for the Development
of Local Self-Government in the Russian Federation
and Foreign Countries:
Review of the All-Russian Conference with International Participation**

Levan T. Chikhladze, Evgeny Y. Komlev  

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University),
Moscow, Russian Federation

Komleve@mail.ru

Abstract. On April 19—23, 2021, an All-Russian conference with international participation “Problems and Prospects for the Development of Local Self-Government in the Russian Federation and Foreign Countries” was held at the Law Institute of the Peoples' Friendship University of Russia on the basis of the Department of Municipal Law. More than 150 scientists from the Russian Federation and foreign countries took part in the Conference. The Conference has acquired a traditional character and is being held for the fifth time. The 2021 conference was marked by a significant increase in the number of participants, both Russian and foreign. The additional relevance of the Conference was caused by the Russian 2020 constitutional reform, which has a significant impact on the development of local self-government institution in the Russian Federation. This review presents a general description of the conference, the contents of the plenary meeting and sessions.

Key words: local self-government, public power, public power bodies, constitution, constitutional reform

Conflicts of interest. The authors declared no conflicts of interest.

The participation of the authors: inseparable co-authorship.

Article received 07th May 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Chikhladze, L.T., Komlev, E.Y. (2021) Problems and Prospects for the Development of Local Self-Government in the Russian Federation and Foreign Countries: Review of the All-Russian Conference with International Participation. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 719—728. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-719-728

Общая характеристика конференции

19—23 апреля 2021 г. в Российском университете дружбы народов (далее — РУДН) состоялась Всероссийская конференция с международным участием «Проблемы и перспективы развития местного самоуправления в Российской Федерации и зарубежных странах» (далее — Конференция), организованная кафедрой муниципального права Юридического института. В 2021 г. дополнительная актуальность тематики Конференции вызвана конституционной реформой в России в 2020 г.: нормы Конституции Российской Федерации об организации публичной власти в целом и местного самоуправления в частности подверглись существенным изменениям.

Актуальность Конференции нашла свое подтверждение в словах Заместителя Министра науки и высшего образования Российской Федерации, д.ю.н., профессора *П.А. Кучеренко*, который в рамках церемонии закрытия Конференции отметил, что «*Конференция стала одним из первых крупнейших научных событий в России после принятия поправок в Конституцию Российской Федерации. Определить роль и место органов местного самоуправления в системе органов публичной власти — сегодня это не просто важная научная задача, но также и важнейшее направление развития нашего государства*».

В большинстве государств мира институт местного самоуправления в настоящее время сталкивается с множеством вызовов, требующих реакции в том числе научного сообщества. В таких условиях актуализируется исследование зарубежного опыта. Актуальность исследования зарубежного опыта в указанной сфере подтверждает состав участников Конференции: в качестве спикеров и слушателей выступили представители четырнадцати государств. Помимо Российской Федерации в Конференции приняли участие представители Беларуси, Бразилии, Венгрии, Испании, Италии, Казахстана, Кубы, Латвии, Польши, Узбекистана, Финляндии, Чехии, Чили.

Рабочими языками Конференции стали русский, английский и испанский. Работа Конференции была организована по четырем секциям: секция на русском языке для ученых и практикующих юристов; секция на английском языке для российских и зарубежных ученых; секция на испанском языке для российских и зарубежных ученых; студенческая секция «Молодой ученый» на русском языке.

Пленарное заседание конференции

В рамках пленарного заседания д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой муниципального права РУДН *Л.Т. Чихладзе* отметил, что Конференция приурочена ко Дню местного самоуправления, который в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 10.06.2012 № 805 отмечается 21 апреля. В качестве цели проведения Конференции *Л.Т. Чихладзе* указал стремление участников внести свой вклад в развитие института местного самоуправления.

Заведующий кафедрой конституционного права Белорусского государственного университета, д.ю.н., профессор *Г.А. Василевич* посвятил свой доклад актуальным направлениям совершенствования местной представительной власти в контексте конституционной реформы в Беларуси. Докладчик отметил доминирующее положение исполнительной власти на местном уровне, указав, что в контексте предстоящей конституционной реформы в Республике Беларусь представляется целесообразным рассмотреть вопрос о расширении полномочий местных советов депутатов, что должно способствовать повышению их роли и статуса в системе местных органов власти.

Доцент кафедры муниципального права РУДН, к.ю.н. *Е.Ю. Комлев* проанализировал изменения законодательства об адвокатуре в части возможности совмещения должности муниципального депутата и статуса адвоката. Конституционный суд Российской Федерации указал на принципиальную возможность совмещения должности муниципального депутата и статуса адвоката, однако в

настоящее время законодателем принято решение не допускать такого совмещения. Выступающий отметил целесообразность применения более гибкого подхода.

Секционные заседания. Первый и второй дни

19 и 20 апреля 2021 г. была организована секция на русском языке для ученых и практикующих юристов. Модераторами секции выступили заведующий кафедрой муниципального права РУДН Л.Т. Чихладзе и доцент кафедры муниципального права РУДН Е.Ю. Комлев. Работа секции была организована по нескольким направлениям. *Первым направлением* стало обсуждение вопросов, связанных с конституционной реформой.

Заместитель декана по научной работе, профессор департамента публичного права Высшей школы экономики, д.ю.н. А.А. Ларичев в своем докладе обратил внимание на тенденцию профессионализации организационных основ муниципальной власти, что получило отражение сначала в Федеральном законе № 131-ФЗ, а теперь и в Конституции. По мнению А.А. Ларичева, вышеуказанная профессионализация, в случае ее применения, все же требует предъявления повышенных требований к кандидатам на должность главы муниципального образования и главы местной администрации.

Директор Центра исследований проблем территориального управления и самоуправления Московского государственного областного университета, к.ю.н. В.В. Балытников сконцентрировался на анализе принципа функционального единства публичной власти; главный научный сотрудник Центра, д.ю.н. А.Н. Чертков обратил внимание на механизмы обеспечения организационного и функционального единства публичной власти; старший научный сотрудник Центра, к.ю.н. В.В. Штукин представил возможные варианты совершенствования законодательства в области территориального общественного самоуправления.

Правовому статусу органов местного самоуправления в контексте конституционной реформы был посвящен доклад к.ю.н, доцента кафедры конституционного и международного права Оренбургского филиала Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) О.Ю. Ганиной. С докладом на тему «Принцип народо-властия и конституционная реформа 2020 года» также принял участие аспирант кафедры муниципального права РУДН А.В. Лейс.

Вторым направлением работы секции стало обсуждение вопросов, связанных с особенностями осуществления местного самоуправления на отдельных территориях. Особое внимание участники уделили новому виду территориальных образований — федеральным территориям. Профессор кафедры конституционного права Санкт-Петербургского государственного университета, д.ю.н, профессор Е.В. Гриценко в своем докладе отметила, что дальнейшая интерпретация федеральным законодателем соответствующих конституционных норм должна строго учитывать рамки, установленные нормами глав 1 и 2 Конституции. Профессор кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, д.ю.н., профессор О.А. Кожевников пришел к выводу, что положения Федерального закона «О федеральной территории

«Сириус» в части применения дефиниции «органы публичной власти» и наделения их полномочиями по решению вопросов местного значения не отвечают требованиям Конституции России и действующим правовым позициям Конституционного суда Российской Федерации, а конституционные изменения 2020 г. требуют серьезной законодательной проработки и вдумчивого анализа. Доктор юридических наук, профессор *А.Н. Деметьев* (РАНХиГС) проанализировал основные положения Стратегии пространственного развития, в том числе соотношение административного-территориального и муниципально-территориального устройства, а также соотношение Стратегии и новых видов территорий.

Осуществлению публичной власти в городах посвящены выступления д.ю.н, профессора, заведующего кафедрой конституционного и международного права Государственного университета управления *В.В. Таболина* и к.ю.н., доцента кафедры конституционного и международного права Оренбургского филиала Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) *А.И. Соколовой*, которые, наряду с иными участниками конференции, обосновывают формирование юридической урбанографии как нового направления юридической науки¹.

Особенности организации местного самоуправления в городе Москве с практической точки зрения осветил в своем докладе глава муниципального округа Таганский города Москвы *И.Т. Свиридов*, обозначив основные направления деятельности органов местного самоуправления в Москве. С практической точки зрения представил доклад к.ю.н., старший преподаватель кафедры правовых основ управления факультета государственного управления МГУ имени М.В. Ломоносова *Г.В. Трубилов*. Докладчик проанализировал проблемы взаимодействия органов местного самоуправления и органов государственной власти на примере Ленинского городского округа Московской области. Особенности местного самоуправления в Республике Мордовия проанализировала *М.В. Масловская* — к.ю.н., доцент кафедры государственного и административного права Национального исследовательского Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева.

Третьим направлением работы секции стало исследование зарубежного опыта организации местного самоуправления. Сравнительное исследование полномочий регионального и местного самоуправления в сфере здравоохранения в Италии и России в рамках чрезвычайного положения в условиях пандемии провела к.ю.н. *В.М. Никитина* (Калининградский инновационно-технологический центр). Опыт Польши проанализирован в докладах к.филос.н., доцента кафедры государственного и муниципального управления Западного филиала РАНХиГС *В.И. Романовского* и старшего преподавателя кафедры конституционного права Белорусского государственного университета *Г.Г. Куневича*. Опыт Южно-Африканской Республики осветил Заместитель начальника отдела кадровой политики в отношении руководителей образовательных организаций Министерства науки и высшего образования Российской Федерации *Р.А. Алиев*.

¹ Подробнее см.: Юридическая урбанография. Урбанографическая теория: монография: в 2 т. / коллектив авторов; под общ. ред. В.В. Таболина. М.: Юстицинформ, 2021. 824 с.

Еще одним направлением работы секции стали доклады участников, касающихся отдельных институтов и принципов местного самоуправления. Доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права Сибирского федерального университета, судья Третьего арбитражного апелляционного суда, к.ю.н. *Н.А. Морозова* проанализировала роль органов местного самоуправления в области административной ответственности, которая de facto существенно шире, чем de jure. В этой связи полномочия органов местного самоуправления, по мнению *Н.А. Морозовой*, должны быть более детально урегулированы в федеральном законодательстве.

Директор Центра местного самоуправления РАНХиГС, к.ю.н. *К.А. Иванова* посветила свое выступление теме цифровизации муниципалитетов, обозначив составляющие цифрового муниципалитета (цифровые платформы, цифровое управление, кадры, взаимодействие с жителями) и возникающие при цифровизации деятельности органов местного самоуправления проблемы.

Представители Уральского института управления РАНХиГС к.филос.н., профессор *В.А. Антошин* и к.филос.н., доцент *А.А. Федоровских* представили доклад об информационном обеспечении деятельности органов местного самоуправления на примере города Екатеринбурга. Комплексное исследование института межмуниципального сотрудничества представлено в докладе к.ю.н., доцента, доцента кафедры административного и муниципального права Саратовской государственной юридической академии *А.В. Колесникова*, который справедливо отметил, что развитие местного самоуправления в рамках единой системы публичной власти только по вертикали невозможно, необходимо также развитие по горизонтали. Доклады на стыке юриспруденции и социологии о гражданском участии молодежи в муниципальных образованиях и социальной активности личности представили к.социол.н. *А.С. Никитина* (Уральский институт управления РАНХиГС) и к.ю.н., доцент *Н.Ю. Кирюшина* (Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского) соответственно. Старший преподаватель Стерлитамакского филиала Башкирского государственного университета *Е.В. Наумова* рассказала о формировании профессиональной компетенции бакалавров по направлению «Юриспруденция» и роли местных органов власти в образовательном процессе.

Секционные заседания. День третий. Выступления на английском языке

21 апреля 2021 г. была организована международная секция с докладами на английском языке. Модераторами секции выступили профессор департамента публичного права Высшей школы экономики *А.А. Ларичев* и доцент кафедры муниципального права РУДН *Е.Ю. Комлев*. С приветственным словом к гостям обратился заведующий кафедрой муниципального права РУДН *Л.Т. Чихладзе*.

Большое внимание в рамках работы секции было уделено опыту Польши в области местного самоуправления. Профессор Миланского университета (The University of Milan) *Arianna Angeli* сконцентрировалась на реформировании

территориальной организации местного самоуправления в Польше в посткоммунистический период. По мнению профессора *Angeli*, процесс территориальной децентрализации является одним из важнейших аспектов успешного перехода Польши от коммунистической системы к демократическому режиму. Однако в последнее время территориальное самоуправление все больше подвергается влиянию центрального правительства. Представитель Университета Марии Склодовской-Кюри (Maria Curie-Skłodowska University) *Katarzyna Kuć-Czajkowska* посвятила свой доклад проблемам управления агломерациями в Польше и проанализировала применяемые в европейских странах подходы к управлению такими территориями. Профессор этого же университета *Monika Sidor* обратила внимание участников на проблемы правового регулирования и распределения компетенции по вопросу обращения с отходами в Польше.

Профессор Университета Латвии (The University of Latvia) *Edvins Danovskis* проанализировал статус муниципальных образований, а также развитие реформ административно-территориального устройства государства. Законодательство Латвии в этой сфере идет по пути сокращения количества муниципалитетов и их укрупнения. Представитель Университета Сан-Паулу (The University of São Paulo) *Pedro Sberni Rodrigues* проанализировал особенности бразильского федерализма и конституционно-правовой статус штатов и муниципальных образований в Бразилии, обратив внимание участников конференции на конституционное закрепление правового статуса муниципалитетов как обязательных составляющих бразильского государства. О правовом статусе органов местного самоуправления в Кыргызстане рассказала в своем докладе аспирант кафедры муниципального права РУДН *Marasulova Aziza*, осветив направление развития правового регулирования института местного самоуправления в Кыргызстане в постсоветский период.

Секционные заседания. День четвертый. Студенческая секция «молодой ученый»

22 апреля 2021 г. была организована секция для выступлений студентов бакалавриата и магистратуры. Модераторами секции выступили заведующий кафедрой муниципального права РУДН *Л.Т. Чихладзе* и доцент кафедры муниципального права РУДН *Е.Ю. Комлев*, которые в рамках открытия секции выступили с приветственными словами для участников.

Работа секции была организована по следующим направлениям: органы местного самоуправления в системе органов публичной власти; ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления, контроль и надзор за их деятельностью; зарубежный опыт правового регулирования местного самоуправления; особенности осуществления отдельных полномочий органами местного самоуправления; местное самоуправление в отдельных субъектах Российской Федерации и муниципальных образованиях; отдельные институты и принципы местного самоуправления.

Секционные заседания. День пятый. Выступления на испанском языке

23 апреля 2021 г. организована международная секция с докладами на испанском языке. Модератором секции выступил доцент кафедры муниципального права РУДН *Е.Ю. Комлев*, который также выступил с докладом и проанализировал внесенные в Конституцию России поправки в части, касающейся местного самоуправления.

Участники секции представляли ведущие университеты Испании, Чили и Кубы. Об особенностях территориального устройства Испании рассказал профессор Мадридского университета Комплутенсе (*La Universidad Complutense de Madrid*) *José Carlos Cano Montejano*, отметив компромиссный характер норм Конституции Испании (выражаясь словами докладчика — принцип «кофе для всех»). На анализе различных этапов развития модели государства автономий сконцентрировался профессор Университета Барселоны (*La Universidad de Barcelona*) *David Moya*. Целый ряд докладов касался актуальной для Испании проблемы маленьких муниципиев — на нее особое внимание обратили профессор Университета Барселоны *Marc Vilalta Reixach* (в основном применительно к Каталонии), профессор Университета Кордобы (*La Universidad de Córdoba*) *Manuel Rebollo Puig*, а также профессор Университета Валенсии (*La Universidad de Valencia*) *Joaquín Martín Cubas*. Примечательна позиция профессора *Rebollo Puig*, указавшего на необходимость применения индивидуального подхода к решению указанной проблемы: в вопросе местной территориальной организации необходимо иметь в виду историю, а также оставить место для чувств жителей таких территорий.

Особенности правового статуса отдельных территорий стали предметом нескольких докладов. Профессор Университета Наварры (*La Universidad de Navarra*) *Mercedes Galán Lorda* на примере Наварры доказала, что особый статус некоторых автономных сообществ Испании напрямую связан с историческим развитием региона. Профессор Мадридского университета Комплутенсе и Университета имени Короля Хуана Карлоса (*La Universidad Rey Juan Carlos*) *Daniel Martínez Cristobal* рассказал о статусе провинции Сеговия, являющейся провинцией в составе автономного сообщества Кастилия и Леон, однако ранее предпринимавшая попытки получить статус автономного сообщества.

Профессор Университета Хаэна (*La Universidad de Jaén*) *Lourdes De La Torre Martínez* посвятила свой доклад доктрине институциональной гарантии, которая является ядром принципа местной автономии. Указанная доктрина была заимствована в Германии и инкорпорирована в испанскую правовую систему по большей части Конституционным судом Испании. Спорам в защиту местной автономии в Конституционном суде Испании был посвящен доклад профессора Университета Хаэна *Eloisa Carbonell Porras*, проанализировавшая влияние доктрины институциональной гарантии на пределы защиты местной автономии средствами конституционного судопроизводства и обозначившая отдельные недостатки законодательного регулирования данного вопроса.

Университет Леона (*La Universidad de León*) был представлен двумя докладчиками. Профессор *Mercedes Fuertes* отметила необходимость совершенствования механизма учета мнения органов местного самоуправления при разработке проектов нормативных актов всех уровней, включая наднациональный (европейский), поскольку такие нормативные акты непосредственно влияют на деятельность органов местного самоуправления. Профессор *Henar Álvarez Cuesta* проанализировала влияние цифровизации на рынок труда, в том числе в рамках института муниципальной службы.

Проблеме правового статуса местных полицейских судов (коммунальные суды) в Чили был посвящен доклад профессора Чилийского Университета (*La Universidad de Chile*) *Cristián Letelier Gálvez*. Докладчик отметил, что в настоящее время указанные суды имеют двойной статус и находятся в зависимости от судебной власти страны и от местной политической власти.

Представители Гаванского Университета (*La Universidad de La Habana*), профессор *Lisette Pérez Hernández* и профессор *Orestes Díaz Legón* проанализировали влияние Конституции Кубы 2019 г. на развитие местного самоуправления в этой стране, а также обозначили основные задачи, которые предстоит решить законодателью в указанной сфере.

Студент Университета имени Короля Хуана Карлоса *Manuel García del Pino* представил анализ Швейцарского опыта организации публичной власти.

Заключение

Несмотря на множество отличий, институт местного самоуправления в различных регионах и странах сталкивается со схожими проблемами: недостаточность финансирования; необходимость поиска баланса между укрупнением муниципальных образований и принципом subsidiarity; распределение компетенции между органами публичной власти; судебная защита местного самоуправления. Данный тезис находит свое подтверждение в докладах российских и зарубежных участников Конференции. В этой связи обмен опытом по вопросу организации местного самоуправления является крайне важным для успешного функционирования данного института в современных демократических государствах.

Российский университет дружбы народов стал площадкой, объединившей специалистов в области муниципального права со всей России и множества зарубежных стран, проведенная Конференция призвана стать основой для их дальнейшего сотрудничества. По результатам Конференции будет издан сборник статей участников, благодаря чему сформулированные в рамках мероприятия идеи и предложения будут доступны для ознакомления и критического анализа широкому кругу лиц.

Об авторах:

Чихладзе Леван Теймуразович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой муниципального права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-8807-2572; SPIN-код: 9107-0406; AuthorID: 474642

e-mail: Levanbook@gmail.com

Комлев Евгений Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент, кафедра муниципального права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-7246-8014; SPIN-код: 4470-8099; AuthorID: 927596

e-mail: Komleve@mail.ru

About the authors:

Levan T. Chikhladze — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Head of the Department of Municipal law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-8807-2572; SPIN-code: 9107-0406; AuthorID: 474642

e-mail: Levanbook@gmail.com

Evgeny Y. Komlev — Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Department of the Municipal law, Law Institute, People' Friendship University of Russia (RUDN University); 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-7246-8014; SPIN-code: 4470-8099; AuthorID: 927596

e-mail: Komleve@mail.ru