



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2023 Том 27 № 2

doi: 10.22363/2313-2337-2023-27-2

<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 имени Патриса Лумумбы»

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, Национальная академия наук Таджикистана, г. Душанбе, Республика Таджикистан
Немтина Марина Викторовна, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
Панагиотопулос Димитриос, доктор права, профессор, Афинский университет, г. Афины, Греция
Почекаев 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, Нью-Йорк, Соединенные Штаты Америки
Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация

Периодичность: ежеквартально

Языки публикаций: русский, английский.

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

Цель журнала и направленность публикаций

В журнале публикуются материалы, отвечающие требованиям научной новизны и актуальности — научные статьи, рецензии на монографии и учебные издания, обзоры научных мероприятий и законодательства, анонсы новой научной литературы и другое.

Цели и задачи журнала:

- публиковать результаты оригинальных научных исследований по проблемам развития государства и права в современном мире;
- способствовать научному обмену и сотрудничеству между российскими и зарубежными учеными-правоведами, специалистами, включая представителей смежных областей;
- знакомить читателей с новейшими направлениями исследований в области правовой науки как в России, так и за рубежом, их практической реализацией;
- публиковать результаты научных исследований по проблемам междисциплинарного характера, раскрывающих взаимодействие права, экономики, политики, культуры, коммуникаций и др.;
- содействовать изучению особенностей правовых систем различными социокультурными общностями, включая студенческую молодежь.

В журнале публикуются результаты научных исследований по широкому спектру правовых проблем, в том числе по тематике, соответствующей специальностям ВАК: 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 и 5.1.5 группы научных специальностей 5.1. Право. 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 15.04.2023. Выход в свет 15.06.2023.

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

Усл. печ. л. 24,68. Тираж 500 экз. Заказ № 674. Цена свободная.

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования

«Российский университет дружбы народов имени Патриса Лумумбы» (РУДН)

117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Отпечатано в типографии ИПК РУДН

1115419, Российская Федерация, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. +7 (495) 952-04-41; publishing@rudn.ru



RUDN JOURNAL OF LAW

2023 VOLUME 27 No. 2

DOI: 10.22363/2313-2337-2023-27-2

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

Founded in 1997

**Founder: PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA
NAMED AFTER PATRICE LUMUMBA**

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, Full Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

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

Erzat Z. Bekbaev, Doctor of Legal Sciences, Full 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, Full Professor, Russian-Armenian University, Yerevan, Republic of Armenia

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

Vitaly V. Yeremyan, Doctor of Legal Sciences, Full Professor, RUDN University, Moscow, Russian Federation

Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Full 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, National Academy of Sciences of Tajikistan, Dushanbe, Tajikistan

Marina V. Nemytina, Doctor of Legal Sciences, Full 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, New York, 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

Publication languages: Russian, English

The Journal is indexed: *Russian Index of Science Citation, RSCI, DOAJ, Google Scholar, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, East View, Cyberleninka, Dimensions, ResearchBib, Lens, Research4Life, JournalTOCs*

Purpose and scope of the journal

RUDN Journal of Law publishes materials that meet the requirements of scientific novelty and relevance — scientific articles, reviews on monographs and educational publications, reviews on scientific events and legislation, announcements of new scientific literature, and others.

Goals and objectives of the journal are as follows:

- to publish the results of original scientific research on the development of state and law in the modern world;
- to promote scientific exchange and cooperation between Russian and foreign legal scholars and specialists, including representatives of related fields;
- to acquaint readers with the latest areas of research in the field of legal science both in Russia and abroad, including their practical implementation;
- publish the results of scientific research on interdisciplinary issues that reveal the interaction of law, economics, politics, culture, communications, etc.;
- to promote the study of legal systems peculiarities by various socio-cultural communities, including student youth.

The journal publishes the results of scientific research on a wide range of legal problems. The materials shall be based on modern methodology of legal science, contain doctrinal approaches, reflect the latest trends in legislation and law enforcement practice in Russia and foreign countries, as well as international legal regulation.

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

The main criterion for selecting materials for publication is their scientific value; all articles are peer reviewed (double blind).

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 named after Patrice Lumumba
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: методология исследования и основы теории.	257
Kozhokar I.P. On the scientific scope of the “legal drafting” concept (Кожокар И.П. О научном содержании понятия «юридическая техника»).	273
Kasatkin S.N. Issues of foundations and criteria of law: criticism of the theory of social rules and conventional rule of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine (Касаткин С.Н. Проблема оснований и критериев права: критика теории социальных правил и конвенционального «правила распознавания» в доктрине «раннего» Р. Дворкина).	288
Шавеко Н.А. Обоснование права на достойное существование в современной западной философии: проблемы и пути решения.	309
Немытина М.В., Краснов А.Б. Концессионная политика Советского государства: механизм реализации.	321

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Лопатин А.И., Малкаров А.И. Делегированное нормотворчество Центральной избирательной комиссии России.	338
Латыпова Н.С. Соединенные Штаты Америки и пандемия: проблемы правового регулирования борьбы с COVID-19.	354
Фаталиева Д.А. Теория юридических сдержек: фактические границы правотворческих полномочий судьи с точки зрения неореалистической теории толкования.	368

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Назайкинская В.А. Понятие и особенности административного регламента как источника российского права.	383
Kikavets V.V. Public procurement in Russia: concept and content (Кикавец В.В. Публичные закупки в России: понятие и содержание).	397
Агамагомедова С.А. Публичный контроль и надзор в экономике: теоретико-правовое обоснование.	421

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Баттахов П.П., Овчинникова Ю.С., Мотуренко С.М. Понятие «страховой интерес» в гражданском праве: основные проблемы теории и практики.	439
Klementyev A.P. The development of an insolvency privilege for derivatives in German law (Клементьев А.П. Развитие привилегии при несостоятельности в отношении деривативов по немецкому праву).	453

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Rusakova E.P. The application of artificial intelligence in the civil proceedings of the People’s Republic of China: theoretical and legal analysis (Русакова Е.П. Применение искусственного интеллекта в судопроизводстве Китайской Народной Республики: теоретико-правовой анализ).	468
Stepanova V.V. Judicial interpreting institutionalization in criminal proceedings: European practices and Russian perspectives (Степанова В.В. Институционализация судебного перевода в уголовном судопроизводстве: европейская практика и российские перспективы).	481

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

Белоусов А.Л. Правовое обеспечение развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры.	500
--	-----

РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ

Монгуш А.М., Никитина В.С. Обзор научно-методического семинара «Синергетический подход в государствоведении: проблемы и развитие».	522
--	-----

CONTENTS

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

Nikolai A. Vlasenko. Deviated state: research methodology	257
Igor P. Kozhokar. On the scientific scope of the “legal drafting” concept.....	273
Sergei N. Kasatkin. Issues of foundations and criteria of law: criticism of the theory of social rules and conventional rule of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine	288
Nikolai A. Shaveko. Justification of the right to Subsistence in Contemporary Western philosophy: challenges and solutions	309
Marina V. Nemytina, Alexey B. Krasnov. Concession policy of the soviet state: implementation mechanism	321

CONSTITUTIONAL AND MUNICIPAL LAW

Anton I. Lopatin, Akhmat I. Malkarov. Delegated rulemaking by the Central Election Commission of Russia	338
Nataliia S. Latypova. United States of America and the pandemic: issues of legal regulation in combating COVID-19	354
Daria A. Fatalieva. The theory of legal restraints: the actual limits of the judge’s law-making power from the perspective of the neorealist theory of interpretation.....	368

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

Varvara A. Nazaykinskaya. The concept and features of administrative regulations as a source of Russian law.	383
Vitaly V. Kikavets. Public procurement in Russia: concept and content.....	397
Saniyat A. Agamagomedova. Public control and supervision in the economy: theoretical and legal justification.....	421

CIVIL LAW

Petr P. Battakhov, Yulia S. Ovchinnikova, Sergey M. Moturenko. The concept of “insurable interest” in civil law: Key issues of theory and practice	439
Aleksey P. Klementyev. The development of an insolvency privilege for derivatives in German law.....	453

PROCEEDING LAW

Ekaterina P. Rusakova. The application of artificial intelligence in the civil proceedings of the People’s Republic of China: theoretical and legal analysis.	468
Valentina V. Stepanova. Judicial interpreting institutionalization in criminal proceedings: European practices and Russian perspectives.	481

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

Andrey L. Belousov. Legal support for the development of sustainable and secure information and telecommunications infrastructure	500
--	-----

REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

Aelita M. Mongush, Valentina S. Nikitina. Review of the scientific and methodological seminar Synergetic Approach in State Understanding: Challenges and Development	522
---	-----



ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

STATE AND LAW IN CONTEMPORARY WORLD

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-257-272>
EDN: SQLJLZ

Научная статья / Research Article

Отклоняющееся государство: методология исследования и основы теории*

Н.А. Власенко  

Российский университет дружбы народов,
г. Москва, Российская Федерация
 nikolai_vlasenko@mail.ru

Аннотация. Подвергается анализу современное состояние отечественного государствоведения, тенденции и особенности его развития. Делается вывод, что юридическая наука практически не исследует так называемые промахи в делах государства, неэффективную политику, провалы отдельных реформ и программ. Классическое государствоведение, его представитель Аристотель называли это отклонением в государственном развитии и использовали понятие «отклоненное (отклоняющееся) государство». Предлагается изучать причины отклонений, виды и формы. Автор полагает, что такой подход позволит более глубоко проанализировать складывающиеся негативные тенденции и закономерности в развитии европейской государственности и не только. Современный мировой кризис, спровоцированный ситуацией на Украине и вокруг нее, только усугубляет отклонения в развитии государств Европы. Обращается внимание на необходимость разработки юридической наукой теории отклоняющегося государства. Центральным моментом в будущей теории должна занять проблема имитации деятельности государственных органов. Автор полагает, что многие компоненты современной государственности по существу своих задач и функций не выполняют или, если выполняют, то отчасти. Через призму отчужденности анализируется отношение между обществом и государством. Они не должны быть независимы. Государство создается обществом, зависит от него и ему обязано. Юридическая наука должна выработать критерии отдаленности государства от общества, при помощи которых можно говорить о степени отчужденности. В рамках негативных тенденций рассматривается и селективность как признак современной государственности. Под ней автор понимает особую форму принуждения. Такие государства не проводят шквальных репрессий; здесь присутствует некая точечность мести отдельным лицам, группам, организациям и т.д. К числу отклонений автор относит игнорирование

© Власенко Н.А., 2023



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

роли и значения общественных организаций в деятельности государства, его выход из международных правозащитных организаций и др. Завершается статья обращением автора к разумности как условию противостояния отклонениям. Разумность должна явиться основой организации государственности и правовой действительности. Государство, его институты должны являться продуктом разумной деятельности человека. Человечество давно определилось в собственных ценностях, к которым относится государство и его спутник — право.

Ключевые слова: государство, функции государства, европейские государства, механизм государства, «Политика» Аристотеля, государственная власть, государственное управление, государственная политика, политическая элита, политический режим, законотворчество

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 3 февраля 2023 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Власенко Н.А. Отклоняющееся государство: методология исследования и основы теории // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 257—272. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-257-272>

Данная статья является продолжением исследования отклоняющейся государственности: Власенко Н.А. Современное российское государство // Очерки. М.: Норма, 2022; Власенко Н.А. Отклоняющееся государство: учение Аристотеля и постсоветская реальность // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 3. С. 479—505. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505>.

Deviated State: Research Methodology

Nikolai A. Vlasenko  

RUDN University, Moscow, Russian Federation

 nikolai_vlasenko@mail.ru

Abstract. In this article the author analyzes the current domestic state studies, trends and features of its development. It is concluded that legal science practically does not study the so-called blunders in state policy, ineffective strategics, failures of reforms and programs. Classical state science and its representative Aristotle called this *a deviation in a state development* and used the concept of *a deviated (deviating) state*. It is proposed to study the causes, types and forms of deviations. The author believes that this approach will allow a deeper analysis of the emerging negative trends and patterns in the European statehood development. The current global crisis, provoked by the situation in Ukraine and around it, only sharpens deviations in the European states' development. It is emphasized that deviated state theory needs a proper development in the legal science. The problem of the state bodies activities imitation shall be central in the future theory. The author believes that many components of modern statehood do not essentially fulfill their tasks and functions, or, if they do, then partly. The relationship between society and the state is analyzed through the prism of alienation. The state is a product of society; it was created for society and is entirely indebted to it. Legal science must develop criteria for remoteness of the state from society to define the degree of alienation. Within the framework of negative trends, selectivity is also considered as a feature of modern statehood. The author understands selectivity as a special form of coercion. Such states do not carry out heavy repressions; there is a certain point of revenge on individuals, groups, organizations, etc. Among the deviations, the author refers to ignoring the role and importance of social organizations, state's withdrawal form international human rights organizations, etc. The article ends with the author's appeal to reasonableness as a condition for resisting deviations.

Reasonableness must form the basis for statehood and legal reality. The state, its institutions must be the product of rational human activity. Mankind has long been determined in its own values, which include the state and its companion — law.

Key words: state, state functions, European states, state mechanism, Aristotle's "Politics", state power, state administration, state policy, political elite, political regime, lawmaking

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 03rd February 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Vlasenko, N.A. (2023) Deviated State: Research Methodology. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 257—272. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-257-272>

This article is a continuation of the study of deviant statehood. Vlasenko, N.A. (2022) The modern Russian state. Essays. Moscow, Norma Publ.; Vlasenko, N.A. (2021) The declining state: Aristotle teachings and post-Soviet reality. RUDN Journal of Law. 25 (3), 479—505. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505>.

Введение. Состояние современного учения о государстве

Учение о государстве, политике и политической организации общества представлено многими и многими трудами классических и современных авторов. Скажем так, не одна из юридических наук не может поспорить с теорией государства на предмет количества литературы, ее разноплановости и традиций. В числе классических авторов особняком — фигура Аристотеля, заложившего в знаменитой книге «Политика» основы учения о государстве (Aristotel, 1984). Особняком в учении о государстве и труд немецкого мыслителя Г. Еллинка (1851—1911 гг.) «Общее учение о государстве». Философ-государствовед саккумулировал большинство достижений в сфере западно-европейской государственной мысли за многие столетия, сформулировал методологические подходы, призывая ученых к тому, чтобы государство изучалось с разных позиций, с учетом многообразия его сущностей (Jellinek, 2004:43).

Относительно современного отечественного государствоведения нужно сказать следующее. Если сравнивать с теорией права, то теория государства развивается часто непоследовательно, где-то «рывками». Так, советский период, особенно 60—70-е годы прошлого столетия, принесли общественной мысли десятки, если не сказать больше, книг, сотни статей о советском социалистическом государстве, государстве развитого социализма, о государстве диктатуры пролетариата, государстве развернутого строительства коммунизма, общенародном государстве и т.д.

С одной стороны, работы указанных авторов достаточно глубоко анализировали функциональную деятельность советской государственности, структуру и особенности государственного механизма и др., с другой стороны, труды ученых того периода изобиловали восхвалениями существующего строя, политики, роли партии и др. Критика советской действительности сводилась к минимуму, если была вообще¹. Такое было время, и очернять авторов того периода, как это иногда делается в современной юридической литературе, вряд ли корректно.

¹ См., например: (Manov, 1978; Tikhomirov (ed.), 1978; Kositsyn, 1970; Korelsky, 1970; Barnashov, 1979; Zhilinsky, 1983; Weichelt, Lopatka & Manov et al. (eds.), 1983; Alekseev & Dyuryagin (eds.), 1986) и др.

Современное отечественное государствоведение как фундаментальная юридическая наука, что называется, похвалиться сколько-нибудь объемными, да еще и объективными и критичными трудами существующего государственного механизма, динамики политических режимов и др., в том числе европейских государств, включая Россию, по большому счету, вряд ли может. Справедливости ради, нужно сказать, что тема государственности в стороне и никак не исследуется будет неверно. Так, Ю.А. Тихомиров современному государству посвятил две небольшие книги (Tikhomirov, 2011; Tikhomirov, 2013). В них покритиковал актуальность элементарного подхода Аристотеля, видения государства как о «машины насилия», как орудия воли господствующего класса или групп людей. Ученый полагает, что это такое представление о государстве устарело. Следует требовать от государственности исполнения важных общественных задач (Tikhomirov, 2013:13)². Ю.А. Тихомиров поддержал западную теорию сервисного государства и др. Однако представляется, что современная практика государственных дел, в том числе в Российской Федерации, показала преждевременность идей отмирания государственного принуждения, сказочность толкования сущности государства как сервисной задачи. В целом книги автора интересны и «освежают» забытые трактовки государства, его начал.

С.Н. Бабурин, пожалуй, впервые в современной отечественной литературе поставил проблему нравственной государственности, необходимости усиления этого фактора в современной цивилизации (Baburin, 2020).

В этом плане с интересной статьей выступил Б.С. Эбзеев. Автор плодотворно развивает мысли Гегеля о том, что государство — «образ и действительность разума», «есть действительность нравственной идеи». Здесь прослеживается история становления и развития государственности в разных частях света. Эрудиция автора восхищает: смысл аналитических выкладок можно распознать в одной фразе. Кратко описав полемику Ф. Энгельса и Гегеля о природе государственности, Эбзеев констатирует, что Энгельс, всецело опираясь на западноевропейский опыт строительства государств, отмечает, «... разуму и воле народов было отказано в праве на авторство собственного государственного устройства». Мысль где-то понятна — современная Россия вправе устраивать свою государственность по собственному усмотрению. Однакостораживают идеи автора о возможности «в период кризисов, от которых не гарантировано ни одно государство» так называемых «исключительных («скрытых») полномочий главы государства на основе надпозитивного права государственной необходимости». Правда, далее Эбзеев оговаривается, что «это не равнозначно легитимации права на все» (Ebzeev, 2022:15. Такая логика вполне может оправдать становление тоталитарного режима в любом демократическом государстве.

Нельзя пройти мимо и не отменить увлеченность современных специалистов идеей американца Фокуямы «сильного государства». А.Д. Керимов и И.Н. Куксин выпустили в свет книгу с претензионным названием «Сильное государство как определяющий фактор общественного прогресса» (Kerimov & Kuksin, 2017). Идея «сильной государственности» современными европейскими государствооведами и политиками толкуется как средство господства, как культ и сила государства в мировой общественной системе³. В России многим авторам, особенно работающим «во власти»,

² С точкой зрения о том, что государству уже несвойственно насилие, не согласился М.Н. Марченко, указав, что автор не учитывает современные «деликатные формы насилия» (Marchenko, 2017:83).

³ Подробнее см.: Malinovsky, 2021).

идея пришлась по вкусу⁴. С развернутой концепцией синергетического государствоведения выступил А.В. Зырянов (Zyryanov, 2019).

И все же возникает вопрос — чего не хватает в исследованиях современной государственности? Ответ очень простой — нет анализа и соответствующих оценок позитивных и особенно негативных результатов государственных дел, анализа выполнения задач, программ, реформ, решений высших эшелонов государственной власти, качества (в том числе объективности) функционирования судебной системы, законодательной (представительной) власти и др.

Между тем несправедливо говорить, что отечественное и зарубежное государствоведение полностью не замечает проблему неэффективности и неудач государственной власти и самого государства. В этой связи продуктивны мысли А.Г. Хабибулина и А.И. Селиванова о том, что в Российской Федерации «после обрушения систем государственного планирования в 1990-е годы не создана целостная государственная система эффективного научного экспертно-аналитического и информационного сопровождения принятия управленческих решений ни на федеральном, ни на региональном, ни тем более муниципальном, ни на отраслевом уровнях» (Khabibulin & Selivanov, 2008:136).

М.Н. Марченко обратил внимание на то, что правовая государственность в России отличается тем, что все рычаги политической и государственной власти находятся «в руках блока», состоящего из прежней номенклатуры, слоя чиновников, «получивших и захвативших дискреционные полномочия по принятию решений (прежде всего по переделу собственности)» (Marchenko, 2017:32).

Известный отечественный теоретик государства и права Д.А. Керимов откровенно писал: «Пришло время „спасать“ российское государство. И в этом деле не последнюю роль должны сыграть государствоведы, все юристы» (Kerimov, 2003:174). Далее ученый продолжает: «Следует, наконец, понять, что оперированием шаблонами, окаменевшими штампами, устаревшими догмами невозможно решить постоянно возникающие новые проблемы» (Kerimov, 2003:174). В этой связи интересны суждения американского исследователя В. Долфсмэ, справедливо отмечающего, что «в политико-философских по своему характеру дискуссиях довольно редко обсуждаются вопросы, когда государство терпит провал и в чем состоит тот провал» (Dolfsma, 2017:12). Французский автор Бертран Матье, исследуя природу демократии, ставит проблему отклонений в общественной практике от идеи основных прав и свобод. Приводит статистику, свидетельствующую о настроениях желая сильной власти, ее авторитета, при этом оговариваясь, что речь не идет о «фашистских тенденциях» (Bertrand, 2021:168)⁵.

Как видно, краткий экскурс в государствоведение прошлого и настоящего свидетельствует о следующем. Учение о государстве — огромный пласт знаний, с одной стороны, древнейшая наука, с другой — разные по характеру и оценкам представления и суждения о смысле государственности и ее роли в цивилизации. Следует учитывать и фактор современности, речь о событиях на Украине, а это уже главное, — мир раскололся на две противоположности, два понимания ценности прав человека и его главной составляющей — человеческой жизни. Однако надо быть объективным и оценивать справедливо политику и действия государства и властных элит, видеть, чему учил великий Аристотель.

⁴ Подробнее см.: (Vlasenko, 2022:21—24).

⁵ Об этом см. также: (Grigorieva, 2014).

О критериях здоровой государственности

Оптимальная государственность — тот случай, когда все слои населения относительно довольны своей жизнью, ее условиями. Здесь на первый план выходят не оценка формы правления и формы политического режима, а уровень жизни, гарантии прав человека и возможности их развития. Обращаясь к учению Аристотеля о государстве, мы видим следующее. Конечно, не случайны мысли философа о государственности, которые начинаются с такой черты уникального феномена как «общение». Автор пишет: «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, 1984:376). Нет сомнения, Аристотель поставил знак равенства между государством и общением, превознося государственность как *добродетель* для человека, как феномен, обслуживающий все прослойки населения. Основываясь на сказанном, приходим к выводу, что реальное государство ученому виделось как эффективный организм, гармоничный и надежный помощник для людей. Обратим внимание на качество добродетели в общественных делах, на которую указывает Аристотель: «...где добродетель не ценится выше всего, там не может быть прочного аристократического государственного устройства» (Aristotel, 1984:439). Известно, что Аристотель выделял государственность 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). Таким образом, автор рассматривает государство как *общение* и как *добродетель*. В «третьей книге» «Политики» он дает еще одну дефиницию государству и анализирует такую его черту как наличие гражданства. «...Ведь государство, — пишет Аристотель, — есть совокупность граждан» (Aristotel, 1984). Далее философ исследует статус граждан и все, что с этим связано. Прежде, Аристотель изучает положение граждан в разных греческих полисах и формулирует важные для настоящего времени заключения, очерчивающие институт гражданства. Речь идет о «зависимости» граждан от «вида государственного устройства», а также необходимости их участия в законодательной или судебной власти, и только здесь, отмечает автор, можно утверждать, что он является гражданином данной государственности (Aristotel, 1984).

Признаки отклоняющегося государства

Классические исследователи государственности «не забывали» высказывать свое отношение, говоря современным диалектом, к неэффективной организации государственной власти, управлению и злоупотреблению ею. Философ, как указывалось, называл это отклонением и наихудшим вредом. Аристотель обосновывал наиболее оптимальные формы реализации публичной власти — царская, аристократическая и политика. Обратим внимание, что через всю книгу проходит идея об «отклонении» в осуществлении государственной власти и условий таких факторов. Самая опасная и нежелательная форма отклонения от публичной власти — тирания. Как видно, здесь важна мысль об отклонении или трансформации власти, ее структур

в сторону узурпации одним человеком или группой субъектов. Аристотель, Еллинек отмечают важность в государственном управлении законодательной власти; и, конечно, узурпация ее задач — наихудший вред для государственности.

Аристотель отмечает разные факты отклонений, скажем, при распределении дел в суде, короновании правителей, имеющей место корыстолюбивости государственного механизма, а также отсутствие у государственности такой цели, о которой уже шла речь, как добродетель. К отклонению в функционировании законодательной власти философ относит и ситуации, когда «один и тот же человек на флейте играл, и сапоги тачал» (Aristotel, 1984:437—439) и др.

Великий философ, создавший основы теории государства, предложил следующую методологию: анализировать государство с позиции целостной общности, созданной общением. Однако, на протяжении всей книги ученый во главу угла ставит *элементы* государственности, именно эти детали исследуются и являются основой для выводов. Население, гражданин, семья — центральные звенья государства. Ученый красной нитью проводит идею о зависимости *добродетели и государства, счастья и государства*. Между тем Аристотель не утопист и хорошо понимает, что это задачи, достижение которых предполагает немалых усилий общества, самого государства и его механизма. Именно здесь закладываются, подчеркнем, основы теории *отклоняющихся* государств. К таким государственным режимам Аристотель относит олигархию, тиранию и демократию.

Следует обратить внимание, что демократические формы правления философ считал неправильными, т.е. не отвечающими природе человека, что, несомненно, предполагает задуматься над важностью государственности в целом и, главное — государственно-образующем механизме, крайне затратным для общества, где-то не отвечающем природе человека. Размышляя над этим, полагаю, что нужно задуматься над смыслом государства в целом и, главное, в затратности государственного механизма. К «неправильным» формам государства философ относит плутократию (господство богатства), тимократию (господство состояния (денежного ценза)). Его идея об отклоненном государстве очень важна для научного анализа современной государственности, в том числе российской. Во многом, используя так называемый метафорический прием⁶, взяв его как методологическое средство, постараемся проиллюстрировать отдельные, так называемые признаки и формы отклонений в развитии прежде всего постсоветской государственности.

О формах отклонения

Разработчики учения о государстве, современные исследователи, по моему наблюдению, в большинстве случаев приводят факты и примеры отклонения в механизме государственности, нередко тенденции и закономерности. Представляется, что это вопрос для будущей теории отклоняющегося государства достаточно принципиальный. Одно дело — факт или даже их система, и другое — сложившаяся закономерность, предопределенная какой-то тенденцией. Следует, видимо, обдумать и такое понятие, как форма (в каких-то случаях формы) отклонений. Известно, что форма — внутренняя структура, строение, связь и способ взаимодействия частей и

⁶ В ряде работ мною высказывалась мысль, что активное использование метафор для «высвечивания» отдельных сторон явления или предмета с долей условности можно охарактеризовать как метафорический прием в научном познании (см.: Современное российское государство: очерки. С. 10).

элементов явления. Такой поход, прием, позволит более глубоко проанализировать сложившуюся закономерность или формирующуюся. Словом, это отдельная, несомненно, методологически важная составляющая теории отклоняющегося государства.

Взгляды Аристотеля о государстве за две тысячи лет получили развитие в трудах многих исследователей, и не замечать очевидного нельзя, нелогично и аморально. Однако беспокоят, иногда вызывают недоумение современные трактовки государства, его оценка, предлагаемые «новизна», «преемственность» и др. Полагаю, что освежение учения о современной российской государственности от наносного, конъюнктурного и надуманного рано или поздно потребует объединения усилий представителей различных гуманитарных наук. Все это говорит в пользу обращения к классическим источникам учения о государстве.

О кризисных явлениях в европейской государственности как условии отклонений. Охвативший мир кризис в связи с ситуацией на Украине в полной мере проявляется в качестве государственной власти, динамике правовых системах (государств), роли международного права и др. Более того, кризис особенно болезнен для тех стран, где государственная власть и правовые механизмы слабы, неэффективно устроены и неразумно используются. Кризис в толковых словарях предлагают понимать как «резкий, крутой перелом в чем-либо», «затруднительное, опасное положение», «тяжелое состояние»⁷. Что касается общества, государства и права, то в этой связи говорить о кризисных явлениях корректно только как о тенденциях негативного характера, накапливающихся и в силу этого представляющих опасность уничтожения основных качеств. Если речь идет об обществе, то полагаем, что кризисное общество не способно воспроизводить само себя, оно «затухает» и разлагается. Государство, как его составляющая, становится неэффективным, его властные структуры обособливаются и не выполняют свои функции, властеотношения слабеют, а государственное управление становится малозначимым для динамики экономического и социального развития. Все это является условием разных форм отклонений.

Кризис права, юридических механизмов приводит к главному негативному рубежу — это уничтожение его регулятивных качеств. Здесь следует сделать важное замечание — в последнее время господствующее либеральное мышление совершенно не учитывает, или не желает учитывать, и видеть генетическую связь между государством и правом. Право настолько возвеличили, восхвалили, что стали сбиваться координаты явления, координаты его места в общественном механизме. Когда речь идет о кризисе права и его институтов, то в большинстве случаев имеются в виду кризисные проявления в механизме государственной власти. Иначе говоря, если речь идет о кризисе права, мы имеем ввиду и сбой в функционировании государственной власти. Например, падение роли закона и законотворчества и одновременное развитие «права законодателя», что в настоящее время, очевидно, немыслимо отрывать от роли парламента, правительства и как субъекта законотворчества и др. Развитие законодательства, его неуправляемый рост, отраслевая «неразбериха» вызваны отсутствием качественного долгосрочного мониторинга в деле совершенствования нормативно-правового массива при наличии множества концепций развития государственности. В России, например, отсутствуют какие-либо программные правительственные документы по кодификации современного законодательства.

⁷ Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Малый толковый словарь. 2-е изд., стер. М.: Рус. яз., 1993. С. 219; Современный словарь иностранных слов. М.: Рус. яз., 2001. С. 318.

Все это, несомненно, явления правовые, но они, подчеркнем, генетически взаимосвязаны с действием государства, его аппарата. Такие примеры можно продолжить.

Собственные кризисные явления в государственном организме, не связанные с правообразованием, — явления более частые. Хотя и это утверждение относительно, ибо эффективность, бескризисная деятельность во многом определяются качеством законодательства, например, о статусе этих органов. Собственно правовые кризисные явления, где роль и зависимость от государства минимальны, встречаются нечасто (правовой романтизм; кризис науки о праве и др.).

Экономическая стагнация, кризис в социальной сфере, нравственности требуют здоровой государственности, корректной и активной, а главное — разумной.

Анализ фактических, научных и публицистических источников позволяет уже сейчас ставить вопрос о некоторых закономерностях отклонений в современных государствах. Рассмотрим некоторые из них, с нашей точки зрения, наиболее очевидные.

Имитационная государственность

Термин «имитация» означает подделку, копирование, притворство и др. Слово-сочетание «имитационное государство», безусловно, метафорическое выражение, во многом более глубоко и более образно высвечивающее существо явления. Проблемы имитации в политологии и государствоведении в общем не новы. В большей мере, как отмечает С.А. Денисов, исследующий данный феномен в конституционализме, известно понятие «имитация демократии». Где-то в этом русле рассматривается и понятие «номинальный конституционализм», отмечает автор, например, относительно советского периода⁸.

Аристотель полагает, что власть должна осуществляться реально, властвующиме должны добиваться поставленных задач, при этом значительное внимание ученый уделяет законодательной власти. В голове его слова, о которой шла речь выше, о том, что одновременно на флейте играть и тачать сапоги — невозможно. Несомненно, это самые общие идеи, но мысль автора учения о государстве ясна — реализация власти не должна быть имитационной, потому что это в любом случае ведет к отклонению государства. Приведем пример. СМИ констатируют следующее: «В пятницу сенаторы провели заключительное заседание, рассмотрев более 90 вопросов и одобрив 81 законопроект»⁹. Сложно себе представить, как можно за один рабочий день проголосовать за такое количество законов. Вряд ли это нуждается в комментариях. Госдума РФ также рапортует об итогах одной (осенней) сессии 2021 года — 553 принятых закона¹⁰; в 2022 году — 653, в ближайшем рассмотрении, т.е. до весны 2023 года уже более тысячи¹¹.

Имитация, подчеркнем, в сфере реализации государственной власти, осуществлении государственного управления означает, что орган в основе своей изображает реальную деятельность, цели, желание благополучия, по существу, не решая и не выполняя собственных функций и задач. Проблема имитации государственной деятельности, государственных функций — явление современной публичной власти

⁸ См. подробнее: (Denisov, 2018:13) и др.

⁹ См.: Мисловская Г. 80 законов в плюс // Российская газета. 28 дек., 2020.

¹⁰ Замахина Т. В духе Конституции // Российская газета. 25 дек., 2020.

¹¹ См.: Цвилова Т., Ламова Е. Больше, быстрее, единогласнее // РБК. 12 дек., 2022.

России? В предыдущих исследованиях об этом шла речь (Vlasenko, 2022:35—46; Vlasenko, 2021). Однако автор далек от того, чтобы вынести вердикт той же законодательной власти и констатировать, что вся деятельность данного федерального государственного органа есть имитация. Речь идет лишь о просматривающейся закономерности. В этой связи с надеждой читаешь сообщения СМИ о весеннем портфеле 2023 года Государственной Думы, где отмечается, что разработаны законопроекты о повышении призывного возраста, введении цифрового рубля, о борьбе за чистоту русского языка, об ускорении интеграции новых территорий и др.¹²

Государственная отчужденность

Речь идет об отношении общества и государства. Здесь не ставится задача представить диаграмму научных позиций по этой проблеме. Отметим лишь одну, но, пожалуй, определяющую деталь — уровень и качество заинтересованности государства в делах общества, его структур.

Отчужденное государство — это достаточно образная метафора, нередко встречается в публицистике и научной литературе (Guliev, 2001). Представляется, что это такая государственность, которая существует, образно говоря, сама по себе и для себя. В цивилизованном мире общество и государственность представляют собой два разных и относительно независимых явления. Самостоятельность общества, его структур определяется политическим режимом государства, степенью авторитаризма его лидеров, качеством экономической и социальной политики и другими факторами. Названные обстоятельства являются определяющими. Между тем это не свидетельствует о том, что государство и общество должны быть абсолютно независимыми и развиваться, не взаимодействуя друг с другом. Государство — продукт общественного развития, созданный обществом и ему подотчетный.

Таким образом, основной признак отчужденности государства от общества, его независимость от запросов общества и его потребностей, игнорирование критики СМИ и др.¹³ М.Н. Марченко справедливо отмечал, 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).

Селективность как признак отклонения

Селективность представляет собой особую форму принуждения со стороны государства. Принуждение — неотъемлемый признак любой государственности. Принуждение вытекает из политического режима современного общества, доминирующей идеологии, а также от личностных качеств государственного лидера.

Каковы особенности принудительных механизмов в современных государствах? Что изменилось в принудительно-репрессивном механизме России и других постсоветских стран? Безусловно, нынешняя Конституция РФ, господствующие мышление и идеология где-то еще противостоят открытым репрессиям. Однако эксперты отмечают, например, следующее: «После 2012 г. регулярные репрессии в

¹² См.: Замахина Т. Весенний портфель // Российская газета. 16 янв., 2023.

¹³ Подробнее см.: (Vlasenko, 2022:46—50).

отношении политически активных граждан стали вещью привычной (иногда под них попадают и люди, не имеющие отношения к политике)¹⁴. Интересен при этом вывод: «Репрессиями власть во многом лишь способствует кристаллизации новой ответственности, вычищая из нее неустойчивые и случайные элементы».

Выход из международных правозащитных организаций. Подавляющее большинство конституций европейских государств провозглашают своей целью обеспечение и гарантированность прав и свобод человека. Нет сомнения, что это главная ценность общественного и государственного устройства. Исключением не является и Российская Федерация, где в ст. 2 Основного закона зафиксировано следующее: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства»¹⁵.

Между тем права и свободы человека — тот феномен, который должен гарантироваться по максимуму, и здесь неприемлемо рассуждать о количестве судебных инстанций, формах защиты и др. Попросту говоря, все они уместны и при необходимости должны быть использованы. Одним из старейших гарантов в сфере аксиом прав человека, демократического развития и культурного взаимодействия является Совет Европы, организация, основанная в 1949 году. Правовой основой и политическим ориентиром межгосударственной структуры является Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, на страже которой стоит Европейский суд по правам человека. Игнорирование этой системы, как важнейшего международного гаранта обеспечения положений Конвенции, игнорирование, а тем более выход из Совета Европы, несомненно, уменьшает, делает более зыбким гарантирование прав и свобод человека. В этой связи уместно говорить об аристотелевской формуле отклонения в развитии национальной государственности, ее стандартов.

В европейской истории последних десятилетий случаев выхода из состава Совета Европы было два: речь идет о Греции и России.

Историки оценивают так называемый период диктатуры «черных полковников» как «темное пятно» в истории Греции (1974 г.). Группа правых офицеров взяла власть в свои руки. За это время был распущен парламент; в первые дни захвата власти были арестованы тысячи и тысячи представителей демократически настроенной интеллигенции. Вершиной так называемых социалистических преобразований явился выход Греции из Совета Европы (1969 г.). Однако после свержения хунты черных полковников Греция была вновь принята обратно. Как видно, данный исторический пример свидетельствует, что выход из состава Совета Европы объясняется сменой политического режима, который представлял собой военную диктатуру.

В сентябре 2022 года формально завершилось участие России в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В феврале этого же года Комитет министров Совета Европы приостановил участие России в самом Комитете и Парламентской ассамблее. Далее было принято решение о незамедлительном выходе России из Совета Европы. Тем самым граждане России потеряли одну из важнейших гарантий обеспечения своих прав и свобод. Выход из Совета Европы будет ощутим для России в части доступа россиян обучаться в европейских университетах; прекратится действие Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию, а также членство в Группе государств по борьбе с коррупцией (речь идет о ГРЕКО, организации, созданной Советом Европы) и др. Следует отметить, что Россия

¹⁴ Кынев А. Как власти помогают сплотить оппозицию // Ведомости. 6 марта, 2018.

¹⁵ Кынев А. Как власти помогают сплотить оппозицию // Ведомости. 6 марта, 2018.

в последние годы поддерживалась ГРЕКО, ибо выполнила 9 из 22 рекомендаций организации¹⁶.

В.Д. Зорькин на X Съезде судей достаточно высоко оценил практику ЕСПЧ и ее роли в деле укрепления правовой системы Российской Федерации, сказав: «Перевернув ту страницу правовой истории, когда Россия находилась под юрисдикцией ЕСПЧ, не хотел бы вспоминать только о плохом (а оно, как известно, было). Участие России в Конвенции оказало определенное положительное влияние на развитие отечественной системы защиты прав человека. Этот опыт не должен быть забыт: его следует анализировать и рационально использовать. Но вот с чем точно не нужно спешить, так это с созданием (как сейчас иногда предлагается) «некоего нового межгосударственного суда по правам человека в качестве институциональной замены ЕСПЧ»¹⁷.

Разумность как условие противостояния отклонениям

Разумность происходит от слова «разум». Философия определяет разум как способ мышления, для которого характерно установление универсальной связи вещей, их сущностей¹⁸. «Природе разума свойственно воспринимать вещи правильно, именно как они существуют в себе не как случайные, но как необходимые; что и требовалось доказать» (Spinoza, 1932:10). Рассудок такой способностью не обладает, он лишь связывает суждения и понятия; рассудок и разум определяют уровни мыслительной деятельности. Здесь важно замечание И. Канта о том, что разум обладает способностью давать принципы (Kant, 1999:287—288).

Принцип универсальности философских начал, разновидностью которых является разумность, предполагает его наличие в построении, организации и функционировании государственной и правовой действительности. Государство, его институты являются продуктом разумной деятельности человека. Все это невозможно вне рассудка и рассудочных суждений, выполняющих в социальной практике роль «технических» измерителей и связующих механизмов. Идея разумности, издавна проповедуемая западной философией (И. Кант, И. Фихте и др.), признается основой функционирования государственной власти, в том числе судебной. Несомненно, право по природе, если исходить из философии древних греков, — разумное начало в обществе. Все это можно назвать условиями, факторами противостояния отклонений в государственном организме.

Человечество за тысячелетия существования государственности давно определилось в собственных ценностях, к которым относится государство и его спутник — право. Так называемые отклоняющиеся государства не существуют вне иных стагнирующих явлений, происходящих в экономике, политике, социальной, нравственной сферах. И все же государство и право — явления самостоятельные, хотя и связанные между собой. Кризисные явления в механизмах государства часто возникают из-за неразумного использования его средств конструкций. Ключевым здесь нужно

¹⁶ Подробнее: Гробман Е. Россия ушла сама // Ведомости. 16 марта, 2022; Царева М. Европа не для советов // Ведомости. 18 марта, 2022; Тузмухамедов Б. Без ЕСПЧ и чрезмерных иллюзий // Независимая газета. 19 сент., 2022.

¹⁷ Михаил Метцель // РИА НОВОСТИ. 29.11.2022.

¹⁸ См.: Кондаков И.И. Логический словарь-справочник. АН СССР. Ин-т философии. 2-е изд., испр. и доп. М.: Наука, 1975. 720 с. С. 510.

считать игнорирование апробированных многолетней практикой принципов и институтов государственной власти, таких как сменяемость государственных органов, реальность избирательной системы, реальная (не декларативная) работа государственных структур, независимость ветвей государственной власти, самостоятельность и полная независимость судебной власти и др.

Государство тесно связано с правом, правовыми механизмами. Право переживает кризис, который во многом предопределен неразумным использованием государством многих правовых средств, например, девальвацию закона нередко можно объяснить решением той или иной проблемы исключительно с помощью принятия закона или иного нормативного правового акта. Динамика «тиражирования» нормативных правовых документов порождает падение их значения и роли; нередко встречаются ситуации, когда закон подменяет подзаконные, в том числе и ведомственные акты, особенно в ситуации содержания в нем чрезмерно детализированного юридического регулирования. Общественный разум обязан полагаться на то, что закон по своей правовой природе должен регулировать принципиально важные фактические отношения и связи в обществе. Аксиомой является и то, что закон представляет собой акт высшей правовой силы и имеет прямое действие. Необходимо и социально логично вернуть закону такие его качества, как высший авторитет и юридическая обязательность.

Подытоживая, заметим, что в государственно-правовом развитии устойчиво складываются разрушительные тенденции, одни из которых очевидны и уже не только хорошо заметны, но и требуют адекватных мер противодействия. Разрушительная сила набирающих силу негативных закономерностей (отклонений) «вырождает» государство и вместе с ним право. Речь идет об утрате существенных моментов в указанных явлениях, представляющих социальную ценность для общества. Неразумное использование институтов государства и права, пренебрежение ими — колоссально усиливает стагнацию общества и его институтов.

Выводы

В настоящее время на наших глазах разворачивается эпохальный процесс — Россия переутверждает себя, вместе с ней идет процесс становления и укрепления идентичности страны, бывших федераций, входящих в СССР. Переутверждает себя и мировое сообщество, к сожалению, нередко продвигающееся по агрессивному, неокOLONIALному, где-то космополитическому пути. Изменились межгосударственные отношения, идеология сдвинулась в части отрицания прав и свобод граждан так называемых стран-изгоев. Идут сдвиги в экономических и торговых отношениях; каждая страна старается «пробить» свою, максимально удобную нишу. Международное право, его принципы и традиции отодвинуты, на мой взгляд, на уровень конца 30-х годов прошлого века. Раздаются голоса, что его нет вообще. Однако это не так, да и сама пропаганда идентичности как новой философии, заменяющей идеи унификации, международных стандартов, норм международного права и др., крайне вредна и бесперспективна.

Сказанное, безусловно, отражается на действиях государств, их мотивации, целях и задачах и, в конечном итоге, на структурировании государственного аппарата и изменении их механизмов. И вот здесь важна развитая концепция (теория) отклоняющихся государств, критериев здоровой государственности, форм отклонений и др.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. & Dyuryagin, I.Ya. (eds.) (1986) *Soviet nationwide state. State and communism: Texts of lectures*. Sverdlovsk, Sverdlovsk Law Institute. (in Russian).
Советское общенародное государство. Государство и коммунизм: тексты лекций / отв. ред. С.С. Алексеев, И.Я. Дюрягин. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1986. 54 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.
- Baburin, S.N. (2020) *Moral State: Russian view on the values of constitutionalism*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Бабурин С.Н. Нравственное государство: русский взгляд на ценности конституционализма. М.: Норма, 2020. 536 с.
- Barnashov, A.M. (1979) *The unity of power and its embodiment in the state building of the USSR*. Tomsk, Tomsk University. (in Russian).
Барнашов А.М. Единство власти и его воплощение в государственном строительстве СССР. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1979. 141 с.
- Bertrand, M. (2021) *Law versus democracy?: monograph* / transl. from French by Lebedeva, Ya.I.; Kovler, A.I. (ed.). Moscow, Norma Publ.: INFRA-M Publ. (in Russian).
Бертран Матье. Право против демократии?: монография / пер. с франц. Я.И. Лебедевой; под ред. А.И. Ковлера. М.: Норма: ИНФРА-М, 2021. 200 с.
- Denisov, S.A. (2018) *Imitation of the constitutional system*. In 4 books. Book 1. Yekaterinburg, Humanitarian University. (in Russian).
Денисов С.А. Имитация конституционного строя: в 4 кн. Екатеринбург: Гуманитарный университет, 2018. Кн. 1. 281 с.
- Dolfsma, V. (2017) *Government failure. Society, markets and rules (excerpts)*. Transl. from English by Kapturevsky, Y.; Kadochnikov, D. (ed.). Moscow: Institute of Gaidar Publ. (in Russian).
Долфсма В. Провалы государства. Общество, рынки и правила / пер. с англ. Ю. Каптуревского; под научн. ред. Д. Кадочникова. М.: Изд-во Ин-та Гайдара, 2017. 252 с.
- Ebzeev, B.S. (2022) The state as “the image and reality of reason”, or the Constitution of Russia on the civil world and consent. *State and Law*. (8), 7—20. <https://doi.org/10.31857/S102694520021572-0> (in Russian).
Эбзеев Б.С. Эбзеев, Б.С. Государство как «образ и действительность разума», или Конституция России о гражданском мире // Государство и право. 2022. № 8. С. 7—20. Doi:10.31857/S102694520021572-0.
- Grigorieva, E.B. (2014) *Authoritarianism and the political process in modern Russia: Abstract of diss. cand. political sciences*. Saint Petersburg, Saint Petersburg State University. (in Russian).
Григорьева Е.Б. Авторитаризм и политический процесс в современной России: автореферат дис. ... канд. полит. наук; СПб.: С.-Петербург. гос. ун-т, 2014. 23 с.
- Guliev, V.E. (2001) Proto-democratic statehood: an axiological phenomenology of alienation. *Law and Politics*. 5(17), 4—13. (in Russian).
Гулиев В.Е. Протодемократическая государственность: аксиологическая феноменология отчуждения // Право и политика. 2001. № 5(17). С. 4—13.
- Jellinek, G. (2004) *General doctrine of state*. Saint Petersburg, Legal Center Press Publ. (in Russian).
Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 750 с.
- Kant, I. (1999) *Criticism of Pure Reason*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Кант И. Критика чистого разума. М.: Наука, 1999. 655 с.
- Kerimov, D.A. (2003) *Problems of the general theory of law and state*. In 3 Vols. Vol. 3. Legal state. Moscow, Modern Humanities University. (in Russian).
Керимов Д.А. Проблемы общей теории права и государства: в 3 т. Т. 3. Правовое государство. М.: Современный гуманитарный университет, 2003. 196 с.

- Kerimov, A.D. & Kuksin, I.N. (2017) *A strong state as a determining factor in social progress*. Moscow, Norma Publ.: INFRA-M Publ. (in Russian).
Керимов А.Д., Куксин И.Н. Сильное государство как определяющий фактор общественного прогресса. М.: Норма: ИНФРА-М, 2017. 96 с.
- Khabibulin, A.G. & Selivanov, (2008) A.I. *Strategic security of the Russian state: political and legal research: monograph*. Moscow, [Formula of law] Publ. (in Russian).
Хабибулин А.Г., Селиванов А.И. Стратегическая безопасность российского государства: политико-правовое исследование: монография. М.: [Формула права], 2008. 271 с.
- Korelsky, V.M. (1970) *General theory of the socialist state*. Sverdlovsk. (in Russian).
Корельский В.М. Общая теория социалистического государства. Свердловск: [б. и.], 1970. 198 с.
- Kositsyn, A.P. (1970) *Socialist state. Patterns of emergence and development*. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
Косицын А.П. Социалистическое государство. Закономерности возникновения и развития. М.: Юрид. лит., 1970. 414 с.
- Malinovsky, A.A. (2021) The concept of “strong state” in the political and legal dimension. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 506—526. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-506-526>. (in Russian).
Малиновский А.А. Концепт «сильное государство» в политико-правовом измерении // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 506—526. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-506-526>.
- Manov, G.N. (1978) *Soviet nationwide state: goals, objectives, functions*. Lukyanov, A.I., Farberov, N.P., Chekharin, E.M. & Shakhnazarov, G.Kh. (eds.). Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
Манов Г.Н. Советское общенародное государство: цели, задачи, функции / редкол.: А.И. Лукьянов, Н.П. Фарберов, Е.М. Чехарин, Г.Х. Шахназаров. М.: Юрид. лит., 1978. 96 с.
- Marchenko, M.N. (2017) *Soviet and post-Soviet state and law. Comparative legal research*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
Марченко М.Н. Советское и постсоветское государство и право (сравнительно-правовое исследование). М.: Проспект, 2017. 368 с.
- Spinoza, B. (1932) *Ethics*. Translated from Latin by Ivantsov, N.A. Toporkov, A.K. (ed.). Moscow—Leningrad, State Social and Economic Publ. (in Russian).
Спиноза Б. Этика / пер. с лат. Н.А. Иванцов; отв. ред. А.К. Топорков. М.—Л.: Государственное социально-экономическое изд-во, 1932. 224 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (ed.). (1978) *The Soviet state in the conditions of a developed socialist society*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
 Советское государство в условиях развитого социалистического общества / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Наука, 1978. 327 с.
- Tikhomirov, Yu.A. *State. Continuity and novelty: scientific edition*. Moscow, Yurisprudentsiya Publ. (in Russian).
Тихомиров Ю.А. Государство. Преемственность и новизна: научное издание. Москва: Юриспруденция, 2011. 77 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (2013) *State: monograph*. Moscow, Norma Publ.: INFRA-M Publ. (in Russian).
Тихомиров Ю.А. Государство: монография. Москва: Норма: ИНФРА-М, 2013. 319 с.
- Vlasenko, N.A. (2021) The declining state: Aristotle teachings and post-Soviet reality. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 479—505. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505>. (in Russian).
Власенко Н.А. Отклоняющееся государство: учение Аристотеля и постсоветская реальность // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 479—505. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-3-479-505>.
- Vlasenko, N.A. (2022) *The modern Russian state. Essays*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).

- Власенко Н.А. Современное российское государство. Очерки. М.: Норма, 2022. 152 с.
- Weichelt, V., Lopatka A. & Manov, N.G. et al. (eds.). (1983) *Patterns of development of the socialist state*. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ. (in Russian).
- Закономерности развития социалистического государства / под ред. В. Вайхельт, А. Лопатка, Г.Н. Манов и др. М.: Юрид. лит., 1983. 368 с.
- Zhilinsky, S.E. (1983) *Activities of the CPSU and the Soviet state to strengthen socialist legality*. Moscow, Mysl' Publ. (in Russian).
- Жилинский С.Э. Деятельность КПСС и Советского государства по укреплению социалистической законности. М.: Мысль, 1983. 223 с.
- Zyryanov, A.V. (2019) *Synergetic concept of state understanding*. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
- Зырянов А.В. Синергетическая концепция государствовопонимания: монография. М.: Юрлитинформ, 2019. 318 с.

Сведения об авторе:

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

ORCID ID: 0000-0002-9548-3396, SPIN-код: 7031-6978

e-mail: nikolai_vlasenko@mail.ru

About the author:

Nikolai A. Vlasenko — Doctor of Legal Sciences, Honored Lawyer of the Russian Federation, Full Professor of the theory of law and state Department, Law Institute, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-9548-3396, SPIN-code: 7031-6978

e-mail: nikolai_vlasenko@mail.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-273-287>
EDN: SAQYAG

Research Article / Научная статья

On the scientific scope of the “legal drafting” concept

Igor P. Kozhokar  

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, *Moscow, Russian Federation*
89272234877@mail.ru

Abstract. The article attempts to define the content of “legal drafting”, as well as its place and role in the categorical apparatus of the theory of law. It investigates the main scientific approaches to the definition of the concept and classification of types of legal documents technology. The paper determines its axiological significance through a functional methodological approach, the impact on the effectiveness of legal regulation, as well as the place and role in the categorical apparatus of the theory of law. The findings of the research show that the terminological feature of the concept of “legal drafting” is described through a number of aspects. First of all, this term performs the function of a “framework concept” and is often subjected to erroneous idealization. At the same time, the term “legal drafting” has a polysemantic character and, therefore, enjoys a poly conceptual scientific maintenance; basically, it refers to the instrumental part of legal activity. The research concludes that the legal drafting technique occupies a special place in the categorical system, which is primarily due to the difference in approaches to its interpretation, and the large volume of its content.

Key words: legal drafting technology, legal engineering, legal tactics, legal strategy, legal forecasting

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Information on financing. The research was carried out with the financial support of the Grant of the President of the Russian Federation No. HIII-3270.2022.2 “Evolution or revolution of civil proceedings: digitalization through the prism of artificial intelligence”.

Article received 26th January 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Kozhokar, I.P. (2023) On the scientific scope of the “legal drafting” concept. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 273—287. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-273-287>

© Kozhokar I.P., 2023



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

О научном содержании понятия «юридическая техника»

И.П. Кожокарь  

Институт государства и права Российской академии наук,
г. Москва, Российская Федерация
89272234877@mail.ru

Аннотация. Предпринята попытка, с учетом существующих научных достижений теории права, определить содержание понятия «юридическая техника», а также ее место и роль в категориальном аппарате теории права. Рассмотрены основные научные подходы к определению понятия, дана классификация видов юридической техники, определено ее аксиологическое значение через функциональный методологический подход, влияние на эффективность правового регулирования, а также место и роль в категориальном аппарате теории права. Установлено, что терминологическая особенность понятия «юридическая техника» заключается в ряде аспектов. Прежде всего этот термин выполняет функцию «рамочного» понятия» и нередко подвергается ошибочной идеализации. При этом термин «юридическая техника» обладает полисмысловым характером и, как следствие, поликонцептуальным научным сопровождением и относится к области инструментальной части юридической деятельности. Сделан вывод, что юридическая техника занимает особое место в категориальной системе, что обусловлено, прежде всего, разностью подходов к ее толкованию и большим по объему содержанием.

Ключевые слова: юридическая технология, правовая инженерия, юридическая тактика, юридическая стратегия, юридическое прогнозирование

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено при финансовой поддержке Гранта Президента РФ № НШ-3270.2022.2 «Эволюция или революция гражданского судопроизводства: цифровизация через призму искусственного интеллекта».

Дата поступления в редакцию: 26 января 2023 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Кожокарь И.П. О научном содержании понятия «юридическая техника» // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 273—287. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-273-287>

Introduction

Formation of the theoretical doctrine on legal drafting requires a preliminary clarification of the concepts' content that forms the substance of the relevant scientific research and, above all, of the concept itself.

The immanent connection of law and legal drafting suggests their simultaneous historical emergence. At the same time, formation of such technology always begins at the consciousness level, which confirms the thesis of primacy of *technical legal thinking*. Legal drafting in general terms should be understood as a means of law materialization, reflecting the current legal framework. Conceptual approaches to the content of the term “legal drafting” are quite diversified: one of them reduces it to the law-making and legal proceedings setting; another — to the form of intellectual activity on conceptualizing and systematizing legal prescriptions; still another — to the means of implementing the legal purposes and/or to the mode of ensuring the social needs.

Methodological basis of the research

Methodological basis of legal drafting is justifiably considered to be a legal dogma that received a detailed scientific coverage under the influence of the doctrine of legal positivism. This predetermined the emergence of a scientific concept identifying legal documents technique and dogmatics, which is understood as practical implementation of theoretical legal knowledge in the law enforcement activity (Uspensky, 1927; Ushakov, 1963).

Remarkably, that the generic term in the phrase “legal drafting” — “drafting” — is the term that does not bear any social content, while the specific term “legal” has a restrictive functional purpose. Its restrictive nature stems from the applied purpose to distinguish *legal* from *non-legal*.

Scientific approaches to the concept definition “legal drafting”

The term “legal drafting technique” often characterizes a framework concept uniting all “technical” in law as a whole (Tarasov, 2007:7). N.N. Tarasov asserts that, legal drafting within the framework of legal positivism primarily involves applied developments in law, including those related to constructing and formatting legal text, systematization of legislation, and legal document turnover. (Tarasov, 2007:10). Arguing about the content of the term “юридическая техника/legal drafting technique”, G.I. Muromtsev rightly notes the “canonized” connotation of the approach that reduces legal drafting to legislative technique (Muromtsev, 2000), which, in its turn, is understood as a set of techniques that ensure the enactment of the *most exquisite laws* (Alekseev, 1982). It is worth noting that the idealization of legal drafting technique, attaching the quality of a tool for improving regulations are not entirely successful: in fact, legal drafting reflects the level of real legal experience, which cannot be exclusively positive.

In search for a definition of the term “legal drafting”, Y.A. Tikhomirov identifies two of its meanings: subjective and objective. In his opinion, legal drafting in the subjective sense is a tool for *refining* legal material, while in the objective sense it is a mechanism of law (Tikhomirov, 2007:12). The author identifies six structural components that constitute the content of this legal term: (1) cognitive-legal, (2) normative-structural, (3) logical, (4) linguistic, (5) documentary-technical, and (6) procedural.

Professor Davydova M.V. defines legal drafting as “a system of professional legal rules and means applied for drawing up legal acts and implementation of other legal activities in law-making, legal interpretation, governmental and non-governmental implementation of law, and ensuring the perfection of its form and content” (Davydova, 2009:50).

The term “legal drafting” has firmly entered the theoretical and legal terminological apparatus, however, despite this fact, its terminological designation is subjected to reasonable criticism. Thus, V.M. Baranov noticed that the use of the term “legal drafting” is rather a tribute to scientific traditions of the legal theory (Baranov, 2000:11). The significant drawback of the term is its polysemantic usage, compromising its status as a scientific concept (Muromtsev, 2000). The polysemantic nature of the term “legal

drafting”, which is not questioned, makes it difficult not only to define it, but also to specify the fields of application and/or to clarify the system structuring components. This predetermines a wide range of opinions regarding the concept, features, functionality, and content of the term. Theorists fail to agree on what is the object and the subject of legal drafting.

The polysemantic nature of the term “legal drafting” promotes a polyconceptual scientific maintenance: each scholar engaged in scientific developments in the field of legal drafting conceptualizes the existing approaches to its comprehension and interprets them in his own way. Among them, pragmatist and documentary conceptions are the most recognized. Adherents of the documentary conception proceed from the fact that the object of legal drafting is textual documents — legal acts; it is through them that successful implementation of the rules of law takes place (Derevnin, 2001). Advocates of the pragmatist conception interpret legal drafting from the perspective of legal activity goals, which determines its understanding as an instrumental part of legal practice (Kartashov, 2000:18).

V.M. Baranov, being one of the leading theorists and experts in the field of legal drafting, notes that despite the numerous discussions, most researchers agree on such its generic feature as “instrumentarium”. At the same time, he asserts that the functional purpose of this instrumentarium is to rationalize the activities and achieve the goals (Baranov (ed.), 2015:42). Thus, legal drafting belongs to the instrumental part of legal activity.

Disputes concerning the object of legal drafting are traditionally reduced to two main approaches — formal and substantive. Apologists of the formal approach qualify the rules of legal acts formalizing as an object of legal drafting. In this sense, researchers are interested in applying only “attributive” tools related to language, style, rubrication, etc. The content approach is based on completely different principles: the scope of legal drafting covers both formal and content components. Therefore, from the point of view of the content approach, the axiological significance of legal drafting lies in improving regulatory acts both in form and content. The latter approach seems to enjoy universal support: a perfect legal act is the one that is not just written competently and in compliance with drafting techniques, but, above all, properly reflects the actual needs of modern society and contains tools that contribute to their satisfaction.

As for the issue of the subject of legal drafting, its resolution is reflected in two opposing views — public law and private law. The concept of the public law approach is focused on limiting legal drafting technologies to the activities of public authorities in the field of law-making, law enforcement and law interpretation (meaning *official interpretation*) (Muromtsev, 2000; Voevodin, 1997)¹. It should be noted that the etymological origin of the public law approach is traditionally associated with the Soviet period of the development of the legal drafting doctrine and is conditioned by the historically determined rejection of the private law component in all fields of legal activity. The private law view on the subject of legal drafting presumes recognition of any actor in legal activity using legal and technical tools. Obviously, this conceptual view

¹ *Shutak I.D.* Theory and practice of the legal clause: system of concepts: terminological dictionary. St. Petersburg, 2001, p. 8.

is broader and implies understanding of legal drafting as an activity aimed at preparing any (including unofficial) legal documents (Cherdantsev, 2001:366). Taking the position of a private law approach to the definition of the subject of legal drafting, it is important to bear in mind that legal drafting is a sphere of professional activity. All private law actors demonstrating legal competencies are divided into professionals and non-professionals. A person without any professional training will be able to trace a specific federal law, using, for example, the legal reference systems. Moreover, such person is likely to be able to draft a civil law contract. However, he may not be attributed to the subjects of legal drafting. It seems that a *valid* subject of legal drafting technology is a person who possesses relevant competencies at a high professional level and has a profile degree in this sphere. In this regard, legal drafting can be qualified as a communication technique in the legal environment (Aleksandrov, 2000:102). Such communication is only possible if the participants of this activity can operate appropriate technical and legal tools. The above ability, in its turn, implies a certain level of legal culture and a certain degree of general cultural and professional competencies.

It is important to emphasize that the private law approach is not an antagonist to the public law approach: in fact, the former is broader and includes the latter. It is clear that the private law approach in the modern context of its *heyday* is more demanded, since it allows taking into account both the needs of the modern market economy and actual scientific trends that clearly reflect the current state and direction of legal research.

The quality of regulations and, consequently, the effectiveness of legal norms directly correlate with the level of legal and technical competencies of persons involved in the law-making process. However, as Y.A. Tikhomirov correctly notes, such individuals have not been taught legal drafting technology (Tikhomirov, 2007:12). At the same time, legal drafting is a factor of optimization and efficiency of legislation (Polenina, 1987). By taking a broader approach to “legal drafting” interpretation, which denies its limitation exclusively to law-making, we understand its importance precisely at the stage of creating rules of law.

Accepting or rejecting this or that concept, it is obvious that the scope of legal drafting coincides with the scope of professional legal competencies. Therefore, we believe that a competence-based conceptual approach to understanding legal drafting and clarifying its actual scope seems to be more universal. The essence of the competence approach can be reduced to understanding legal drafting as a system of tools that require special legal competencies. If we evaluate our proposed approach in terms of the above dichotomous concepts and classifications, the following outcome will inevitably be obtained: the competence—based conceptual approach allows the polysemantic usage of the term “legal drafting”; the approach proceeds from a meaningful concept while characterizing its object, and from a private law approach while characterizing its subject; it reflects the objective meaning of the “legal drafting” concept in the system of scientific coordinates proposed by Y.A. Tikhomirov.

Law and legal drafting have certain etymological identity. The methodological precondition for the development of legal drafting technology is a legal dogma, which received a detailed scientific study under the influence of legal positivism. The terminological feature of “legal drafting” concept involves the following aspects: it performs as a “framework concept”; it is often subjected to inaccurate idealization; it has

a polysemantic character and, as a result, a polyconceptual scientific maintenance; and it refers to the instrumental part of legal activity.

Sharing the opinion that any complex system tends to be simplified, which is also relevant for the definition of scientific concepts, we propose to understand by “legal drafting technique” (or, more appropriately, “legal drafting technology”) the tools of legal activity that, due to professional legal competencies, promote the art of implementing law into human consciousness and behavior.

Granting the term “legal drafting” the status of a scientific category, we must have an idea of its content. According to V.M. Baranov, the composition of legal drafting includes two levels of technical and legal instruments: the first (aka the “highest”) level is represented by legal rules that act as a criterion for the quality of legal activity; the second level consists of specific tools of professional legal activity, differentiated into general social and legal (Baranov (ed.), 2015:53).

The statement that the main scope of legal drafting is exhausted by its two constituent elements — technical means and technology, has become axiomatic in the theory of law. The greatest theoretical and methodological challenge is to clarify the range of technical means that constitute the scope of legal drafting techniques. Thus, according to M.K. Yukov, legal drafting operates with three technical means — normative construction, legal construction, and field standardization (Yukov, 1979:45). A slightly different typification is found in the S.S. Alekseev’s works. According to him, technical means are differentiated into means of expressing the will of the legislator (including normative constructions, legal constructions, and field standardization) and means of their verbalization (Alekseev, 1982). Sharing this opinion on the issue, V.K. Babaev highlights underestimation of the potential of such legal and technical means as fictions, presumptions, axioms, etc. (Babaev (ed.), 1993:100). It is customary to relegate legal analysis, logical concentration and legal construction to the legal drafting technique (Ihering, 1905:80). The above demonstrates uncertainty concerning the framework of technical means and techniques, their identification and confusion. Analysis of the substantive components of legal drafting allows to outline the following findings: firstly, differentiating the scope of legal drafting into means and methods or means, methods and rules, scholars often argue not so much about the substantive aspects as about terminological designations; secondly, the elements of legal drafting are dynamic: they can change over time, be adjusted under the influence of a change in the legal paradigm, as well as lose their relevance; thirdly, it is advisable to study the elements of legal drafting technique within the framework of its current concept. In the latter case, the concept of legal drafting is understood as legal and technical means, methods, and rules, reflecting the current policy and legal agenda.

Classification of legal drafting

An integral element of the theoretical doctrine concerning legal drafting is scientific classification of its types. The heuristic potential of such methodology as classification can hardly be overestimated: the need for such a method is actualized in case of discovery of numerous structural components, whose clarification seems most effective in ordering by groups, classes, series. M.L. Davydova rightly points out that outlining just one basis for classification leads to disregard of other possible criteria and significantly

impoverishes understanding of legal drafting; therefore, the methodological premise for investigating this issue should be the idea of classification plurality of the phenomenon (Davydova, 2009:83).

The variety of legal drafting tools suggests a demand of their classification within the framework of this theoretical doctrine. Numerous attempts are being made to create universal and, in some cases, unique, open and closed classifications of legal drafting types. It is well known that the defining element of any classification is the criterion underlying the corresponding specific division. Thus, it is only natural to classify legal drafting by specifics of legal profession (for example, notarial, judicial, lawyer, etc.); by subjects of legal activity (governmental and non-governmental); by objects of legal drafting (techniques aimed at improving the quality of the form of law, and techniques aimed at improving the quality of the content of law); by the form of legal communication (written (including electronic) and oral techniques); by the legal nature of the act (techniques of normative legal acts and techniques of individual legal acts); by the number of participants involved in legal drafting implementation (techniques of acts adopted collectively and individually); by the status of legal act (techniques of international legal acts; techniques of federal acts; techniques of regional acts; techniques of local acts); by stages of the law-making process (techniques applied at the initial stage of shaping the act; techniques of conceptualization of the act; techniques of legislative initiative; techniques of act composition; techniques of legal act examination, etc.); by scope (general and branch legal techniques); by types of legal systems (Anglo-Saxon, Romano-Germanic, Muslim legal drafting techniques), etc. (Baranov (ed.), 2015:54—63).

The variety of classifications of legal drafting is due to both the objective scope of this phenomenon and the subjective classification criteria proposed by individual researchers. According to the fair remark by V.I. Kruss, “legal drafting should regard the entire law as its field of application” (Kruss, 2000:82—83). The range of opinions on differentiation of legal drafting types is surprisingly wide. However, most legal scholars agree that classification of legal drafting should be realized according to such criteria as “stages of law existence”. At the same time, theorists are divided on the number of such stages, highlighting law-making, law-enforcement, interpretation, systematization, concretization and some others.

Axiological significance of legal drafting

Remarkably, studies devoted to the concept of legal drafting often raise the issue of its axiological meaning. This is not surprising considering its potential. Let us remind you about the value that its originator R. Ihering attached to legal drafting technology. Thus, in his opinion, the importance of legal drafting can be expressed in two goals that can be achieved by its methods and tools: (1) simplification of law, both quantitative and qualitative; (2) ensuring law practicality (Ihering, 1905). Similar objectives of legal drafting are found in the work by A.F. Cherdantsev. According to him, simplification and unification of legal documents, as well as rationalization of legal activity occurs due to legal drafting technologies (Cherdantsev, 2001:429). V.M. Baranov and M.L. Davydova pay attention to their applied instrumental value (Baranov (ed.), 2015:63—67).

The axiological significance of legal drafting technology, in our opinion, should be demonstrated through a functional methodological approach. Understanding the “function” of legal drafting as the role it plays in relation to a certain whole — society (Reutov, 2002), we can conclude that it is aimed at fulfilling the following functions: maintaining law and order; objectification of the current legal paradigm; transformation of the sign system of law into real social relations; instrumental function. Apparently, the specified functions can be in its turn differentiated by their significance; the law enforcement function seems to be the basic one (Artemov, 2001:68). G.I. Muromtsev argues that this function, being by far the core one, acquires fundamental importance at the transitional stages of society development (Muromtsev, 2001:76—77). Such a position faces real embodiment in the modern context of total digitalization of the legal system. Digital phenomena are not novelized spontaneously but with due regard to the actual needs of society, international challenges, and preservation of traditional values, thus ensuring law and order.

According to V.V. Shakhanov’s fair remark, legal drafting predetermines the dynamism of law, providing the law enforcer with tools that allow to be guided by the current legal paradigm in making decisions, without crossing the limits of legal regulation (Shakhanov, 2005). This confirms that legal drafting has the function of objectifying the current legal paradigm.

Legal rules become effective only under the qualitative transformation of the sign system of law into real social relations (Boldyrev, 2021:178—180). Therefore, ensuring efficiency of legal rules and constructions is not an independent function of legal drafting, but a consequence of its realization of other functions, including the function of transforming the sign system of law into real social relations.

N.N. Marshakova takes a different point of view in defining the functions of legal drafting: in her opinion, the limited regulatory impact of legal drafting determines only an auxiliary function (Marshakova, 2007:57).

Without going into polemics regarding the legal drafting functionality but setting the task of a superficial scientific analysis of the issues under study, we may assert that not every impact of legal drafting should be qualified as its function. Thus, the academic literature emphasizes that legal drafting is also a scientific and technical field of legal knowledge, which predetermines its gnoseological significance (Skryabina, 2011:48).

In summary, legal drafting is aimed at performing the following functions: law enforcement; objectification of the current legal paradigm; transformation of the sign system of law into real social relations; instrumental function.

Legal drafting within the categorical framework of the theory of law

Before determining the place and role of legal drafting within the categorical framework of the theory of law, it should be noted that it is one of the important elements of the legal system that manifests itself at all of its levels. Moreover, embracing the entire legal system, legal drafting is conditioned by its specifics. It is a means of creating and formalizing law, and the fact, that law is constituted in various ways in different legal systems, determines the relevant features of legal drafting (Davydova, 2009:82).

The analyzed concept of “legal drafting” is based on such a generic feature as legal activity. Legal activity involves legal practice — the core of legal drafting potential. Legal practice, like any production activity, has its own unique technology. According to V.N. Kartashov, legal drafting acts as one of the elements of legal practice technology (Kartashov, 2007:16—17). His study centers on the idea that legal drafting technology is a broader concept than legal drafting technique. At the same time, in author’s interpretation, legal drafting serves as an instrumental part of legal technology, which beside drafting technique includes legal tactics, legal strategy and some other aspects of legal practice. (Kartashov, 2007:18). In fact, V.N. Kartashov draws such conclusion driven by the works of classics of the given subject (F. Bacon, I. Bentham, I.L. Braude and others), who by “legal drafting technique” meant “legal drafting technology”, a term that is more characteristic of production area. The use of the term “legal drafting technique” is subjected to thorough criticism in V.N. Kartashov’s study: the scholar believes that this conservative tradition and template thinking significantly complicate gaining new knowledge. Agreeing with most of the arguments put forward by the researcher it is possible to outline the following conclusion regarding the correlation of such concepts as “legal drafting technique” and “legal drafting technology”. Generic concepts of the compared terms — “technique” and “technology” — do not have legal content in the strict sense of the word. This fact plays the role of a restraining mechanism that prevents the extensive use of relevant concepts. However, the modern legal discourse around the compared concepts comes down to the following: with a broad approach to “legal drafting technique”, it is equated with “legal drafting technology”, and with a narrow approach, it acts as an integral part of the latter. At the same time, the term “legal drafting technology” seems to us highly appropriate.

Let us focus on the main scientific positions regarding the correlation between the concepts “legal drafting technique” and “legal drafting technology”, expressed by leading theorists. Thus, S.S. Alekseev argues that the structural components of legal drafting technique are technical means and methods. The latter, according to the scholar, can also be identified as “legal drafting technology” (Alekseev, 1982:268). A.K. Chernenko asserts that legal drafting technology is a “method of constructing a stable legal system” (Chernenko, 1997:25). Focusing on the content of the term “legal drafting technology”, N.A. Vlasenko, concludes that it determines the procedure for applying methods and techniques to ensure preparation and adoption of any legal decision (Vlasenko, 2001:7—8). According to V.V. Lazarev, “legal drafting technique” can be interpreted in narrow and broad senses: in a broad sense — as a means of expressing legislative will, in a narrow sense — as relations accompanying the process of the bill drafting in general (that is, technology) (Lazarev, 2001:47). A.N. Mironov suggests that “legal drafting technology” should be understood as activity of applying technical and legal means (Mironov, 2007:46). It is possible to continue these cited records, but it is unlikely that such a compilation will be of real scientific value. It is obvious that, interpreting their unique author’s approach to the correlation between “legal drafting technique” and, scholars adhere to the scientific positions in the doctrine in any case. We accede to the position expressed by T.V. Kashanina: “since everyone is used to apply the term “legal drafting technique”, it is better to maintain it in the legal lexicon, but to keep in mind that it means “legal drafting technology” (Kashanina, 2010:172).

It is worth noting that the trend to seek for a more universal concept than “legal drafting technique”, witnessed in modern scientific literature, leads to formulation of new concepts. Thus, supporting the discussion on relationship between the “legal drafting technique” and “legal drafting technology” and adhering to the opinion that the first one is linked to legal and technical tools, and the second one — to its application, V.I. Chervonjuk suggests using the term “legal engineering”, understood as the art of applying practically proven tools for implementing law into human consciousness, behavior and activity (Chervonjuk, 2010:191). At the same time, the scholar uses the terms “legal drafting engineering” and “legal drafting technology” as synonyms, qualifying them as a certain scope of knowledge that can be used in various legal proceedings. In its turn, legal drafting technologies are the process of practical application of legal technology tools. Thus, legal drafting technologies (or “legal drafting engineering”) using the tools of this technology cater to legal activities. The emergence of the concepts of “legal drafting engineering” and “legal drafting technologies” along with the concept of “legal drafting technique” seems to be conditioned by universalization of legal and technical knowledge and expansion of its actual scope.

Another neologism within the framework of the issues under study is the term “legal technosphere”, proposed by V.M. Baranov. The scholar notes that the content of legal technosphere is predetermined by the methods of implementing all types of legal practice, which is formed with the help of “legal drafting technology” (Baranov, 2000:13).

In our opinion, applicability/inapplicability of these concepts to designate the traditional set of phenomena called “legal drafting” should be assessed by the actual content of generic categories — “engineering”, “technology”, etc. Using open reference resources, we succeeded to clarify that “engineering” is usually understood as “usage of scientific principles in designing and constructing objects”; “technology” — as “application of scientific knowledge to solve practical problems”; “technique” — as a set of “methods, processes and technologies of certain skillful activity”. As you can see, all these concepts are applicable to legal drafting. The difference lies in the scope of these concepts. It seems that “legal engineering” is the broadest of all; its components are both legal drafting technology and legal drafting technique.

Legal tactics and legal strategy are strongly connected with “legal drafting”. Thus, legal tactics is usually understood as the art of managing the technological process. As for the legal strategy, it is the quintessence of fundamental planning and forecasting. Legal drafting correlates to the legal strategy, which relates to the competence of politics: thanks to the arsenal of legal drafting techniques, legal strategy is brought to life. The strategic potential of legal activity often finds real embodiment in the relevant norms of law. In fact, more than thirty different strategies have been adopted and are operating in the Russian Federation². From a legal and technical point of view, acts of strategic

² For example: On the National Security Strategy of the Russian Federation: Decree of the President of the Russian Federation No. 400 dated July 02, 2021. Official Internet Portal of Legal Information: <http://pravo.gov.ru> (date of publication: July 03, 2021); On the Economic Security Strategy of the Russian Federation until 2030: Decree of the President of the Russian Federation No. 208 dated May 13, 2017. Official Internet Portal of Legal Information: <http://www.pravo.gov.ru> (date of publication: May 15, 2017); On the Environmental Security Strategy of the Russian Federation until 2025: Decree of the President of the

planning are often represented by Decrees of the President of the Russian Federation (less often — orders of the Government of the Russian Federation and other public authorities); they are limited by a time period, have an internal structure that includes the state of a relevant sphere of public relations; threats and challenges; goals, objectives and priorities; state assessment mechanisms; stages and expected results of the strategy implementation. The legal strategy has a direct impact on the legal drafting, and the latter predetermines creation of the strategy itself. Consequently, there is a mutually deterministic relationship between the compared concepts. We emphasize that the legal strategy has a particular impact on the law-making legal drafting since strategic documents often predetermine the adoption of new regulations.

In addition to the concepts outlined above, legal drafting is immanently associated with legal forecasting, which, unfortunately, traditionally receives insufficient attention from both the legislator and the scientific community. In general, legal forecasting can be interpreted as foreseeing the trends of the legal system development, dynamics of separate industries and institutions, and prospects for the specific regulations functioning. Legal forecasting is associated with the so-called “concept of the future”, which is understood as an assumed vision of the future Russian reality (Gavrilov, 1982:44).

According to V.N. Kartashov, forecasting is an element of legal strategy and legal drafting (Kartashov, 2007:21). Thus, from the perspective of the current domestic legal system, we can predict a trend towards further import substitution in all spheres of public life (we are talking not only about economy), informatization of society through digitalization of all its objectively digitalized spheres, optimization of the activities of public authorities and their reduction and reduction of legislative inflation.

Drawing terminological boundaries between “legal drafting” and related concepts, it is necessary to make some general remarks concerning correlation between the concepts of “legal drafting technique” and “legislative drafting technique”. A researcher with a sufficient level of professional legal competencies will easily formulate the main aspects of such a correlation. Legislative drafting technique is a kind of legal drafting technique and therefore is a concept, which is narrower in scope. Such seemingly obvious remarks are predetermined by the fact that in the history of theoretical thought (and in modern scientific developments) one can find a conceptual position of identifying the compared concepts, reducing legal drafting technique solely to legislative drafting technique. However, as T.V. Kashanina correctly noted, “identifying legal drafting technique and law—making technique is a relic of the past” (Kashanina, 2010:172).

Conclusion

In summary, the concept of “legal drafting” belongs to a special system of terminological coordinates, which is predetermined both by the difference in approaches to its interpretation and by its massive content. Thus, the concepts of “legal drafting

Russian Federation No. 176 dated April 19, 2017. Official Internet Portal of Legal Information: <http://www.pravo.gov.ru> (date of publication: April 20, 2017); On the Strategy of the Information Society Development in the Russian Federation for 2017-2030: Decree of the President of the Russian Federation No. 203 dated May 9, 2017. Official Internet Portal of Legal Information: <http://www.pravo.gov.ru> (date of publication: May 10, 2017), etc.

technique”, “legal drafting technology”, “legal drafting engineering”, “legal tactics”, “legal strategy” and “legal forecasting” form a conceptual terminological cluster, where “legal drafting” (or, more precisely, “legal drafting technology”) serves as a generic term.

References / Список литературы

- Aleksandrov, A.S. (2000) Legal Drafting Technique — Forensic Linguistics — Grammar of Law. In: Baranov, V.M. (ed.). *Problems of Legal technique*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. pp. 101—108. (in Russian).
Александров А.С. Юридическая техника — судебная лингвистика — грамматика права // Проблемы юридической техники: сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации, 2000. С. 101—108.
- Alekseev, S.S. (1982) *General theory of law*: in two vols. Vol. 2. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 томах. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. 360 с.
- Artemov, V.M. (2001) Law and Order as a Goal-Setting Resource for the Development of Legislative Drafting Techniques in Modern Society. In: Baranov, V.M. (ed.). *Law-making technique of modern Russia: state, problems, improvement: Materials of the scientific and methodological seminar: collection of articles*. In two vols. Nizhny Novgorod, September 1, 2001. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Book Publishing House. (in Russian).
Артемов В.М. Правопорядок как целеполагающий ресурс развития законодательной техники в современном обществе // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: материалы научно-методического семинара, Нижний Новгород, 1 сентября 2001 года: сборник статей: в 2 томах / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегородское книжное изд-во, 2001. С. 68—76.
- Babaev, V.K. (ed.). (1993) *General theory of law. Course of lectures*. Nizhny Novgorod, Nizhegor. Higher School of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (in Russian).
Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. В.К. Бабаева. Нижний Новгород: изд-во Нижегород. ВШ МВД РФ, 1993. 544 с.
- Baranov, V.M. (2000) Foreword. In: Baranov, V.M. (ed.). *Problems of Legal Drafting Technique*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. pp. 11—13. (in Russian).
Баранов В.М. Предисловие // Проблемы юридической техники: сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации, 2000. С. 11—13.
- Baranov, V.M. (ed.). (2015) *Legal Drafting Technique: A Course of Lectures*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. (in Russian).
Юридическая техника: курс лекций / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2015. 830 с.
- Boldyrev, S.N. (2021) Legal drafting techniques in ensuring the effectiveness of law. *Law and State: The Theory and Practice*. 1(193), 178—180. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2021_1_178 (in Russian).
Болдырев С.Н. Юридическая техника в обеспечении эффективности права // Право и государство: теория и практика. 2021. № 1(193). С. 178—180. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2021_1_178
- Cherdantsev, A.F. (2001) *Theory of Government and Rights*. Moscow, Yurayt Publ. (in Russian).
Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2001. 429 с.
- Chernenko, A.K. (1997) *Philosophy of Law*. Novosibirsk, Nauka Publ. (in Russian).
Черненко А.К. Философия права. Новосибирск: Наука, 1997. 153 с.

- Chervonjuk, V.I. (2010) Legal drafting technologies (“law engineering”): methodological value, nature, relationship with legal drafting technics, the status in jurisprudence system. *Vestnik of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. (5), 189—194. (in Russian).
Червонюк В.И. Юридические технологии («правовая инженерия»): методологическое значение, природа, соотношение с юридической техникой, статус в системе правоведения // Вестник Московского университета МВД России. 2010. № 5. С. 189—194.
- Davydova, M.L. (2009) *Legal technique: problems of theory and methodology*. Volgograd, VolGU Publ. (in Russian).
Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. 318 с.
- Derevniin, A.A. (2001) On the concept of legal drafting technique. *Academic Law Journal*. 3(5), 27—33. (in Russian).
Деревнин А.А. О понятии юридической техники // Академический юридический журнал. 2001. № 3(5). С. 27—33.
- Gavrilov, O.A. (1982) Law-making and relevant issues of social development. *Law and law-making: Issues of theory*. Moscow, IGI P AN SSSR Publ., pp. 43—47. (in Russian).
Гаврилов О.А. Правотворчество и актуальные проблемы социального развития // Право и правотворчество: вопросы теории. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1982. С. 43—47.
- Ihering, R. (1905) *Legal drafting technique*. Translation from German by Schoendorf F.S. Saint Petersburg, Tipo-lit. Rosen A.G. (Landau A.E.) Publ. (in Russian).
Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф.С. Шендорфа. Санкт-Петербург, Типо-лит. А.Г. Розена (А.Е. Ландау), 1905. 106 с.
- Kartashov, V.N. (2000) Legal drafting technique, tactics, strategy and technology (to the question of correlation). In: Baranov, V.M. (ed.). *Issues of legal drafting technique*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, pp. 14—18. (in Russian).
Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники: сб. ст. / под ред. Баранова В.М. Нижний Новгород: Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации, 2000. С. 14—18.
- Kartashov, V.N. (2007) Legal drafting technology or legal drafting technique? Some methodological aspects of the study. *Juridical drafting techniques*. (1), 16—23. (in Russian).
Карташов В.Н. Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 16—23.
- Kashanina, T.V. (2010) Legal drafting technique or legislative drafting technique? *Journal of Russian law*. 3 (159), 171—173. (in Russian).
Кашанина Т.В. Юридическая техника или законодательная техника? // Журнал российского права. 2010. № 3 (159). С. 171—173.
- Kruss, V.I. (2000) Legal Drafting Technique — Legal Hermeneutics — Constitutional Order. In: Baranov, V.M. (ed.). *Issues of Legal technique*. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, pp. 80—88. (in Russian).
Крусс В.И. Юридическая техника — юридическая герменевтика — конституционный порядок // Проблемы юридической техники: сб. ст. / под ред. Баранова В.М. Нижний Новгород: Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации, 2000. С. 80—88.
- Lazarev, V.V. (2001) Technique for taking into account decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation in legislative activity. In: Baranov, V.M. (ed.). *Law-making technique of modern Russia: state, problems, improvement: Materials of the scientific and methodological seminar: collection of articles*. In two vols. Nizhny Novgorod, September 1, 2001. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Publishing House. (in Russian).

- Лазарев В.В. Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: материалы научно-методического семинара, Нижний Новгород, 1 сентября 2001 года: сборник статей: в 2 томах / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегородское книжное изд-во, 2001. С. 47—58.
- Marshakova, N.N. (2007) Legal drafting technique: concept, types, means, main functions and meaning. *Juridical drafting techniques*. (1), 52—59. (in Russian).
- Маршакова Н.Н. Юридическая техника: понятие, виды, средства, основные функции и значение // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 52—59.
- Mironov, A.N. (2007) To the question of the concept and elements of legal drafting technology. *Juridical drafting techniques*. (1), 44—47. (in Russian).
- Миронов А.Н. К вопросу о понятии и элементах юридической технологии // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 44—47.
- Muromtsev, G.I. (2000) Legal drafting technique (some theoretical aspects). *Proceedings of Higher Educational Institutions. Pravovedenie*. 1(228), 9—20. (in Russian).
- Муромцев Г.И. Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2000. № 1(228). С. 9—20.
- Muromtsev, G.I. (2001) On some features of law-making technique and methodology of its research in modern Russia. In: Baranov, V.M. (ed.). *Law-making technique of modern Russia: state, problems, improvement: Materials of the scientific and methodological seminar: collection of articles*. In two vols. Nizhny Novgorod, September 1, 2001. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Publishing House. (in Russian).
- Муромцев Г.И. О некоторых особенностях законотворческой техники и методологии ее исследования в современной России // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: материалы научно-методического семинара, Нижний Новгород, 1 сентября 2001 года: сборник статей: в 2 томах / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегородское книжное изд-во, 2001. 543 с.
- Polenina, S.V. (1987) The quality of law and improvement of lawmaking. *Soviet state and law*. (7), 12—19. (in Russian).
- Поленина С.В. Качество закона и совершенствование правотворчества // Советское государство и право. 1987. № 7. С. 12—19.
- Reutov, V.P. (2002) *The functional nature of the system of law*. Perm, Perm State University. (in Russian).
- Рейтов В.П. Функциональная природа системы права. Пермь: Изд-во Перм. гос. ун-та. 2002. 163 с.
- Shakhanov, V.V. (2005) *Legal paradigms*: Abstract of. dis. of Cand. of Legal Sciences. Vladimir. Шаханов В.В. Правовые парадигмы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2005. 28 с.
- Skryabina, O.G. (2011) Juridical technique: modern methodological approaches. *Bulletin of the Kostroma State Technological University. State and Law: Issues of Theory and Practice (Series "Juridical Sciences")*. 1(1), 46—50. (in Russian).
- Скрябина О.Г. Юридическая техника: современные методологические подходы // Вестник Костромского государственного технологического университета. Государство и право: вопросы теории и практики (Серия «Юридические науки»). 2011. № 1(1). С. 46—50.
- Tarasov, N.N. (2007) Legal drafting technique in the structure of jurisprudence (methodological research issues). *Juridical drafting techniques*. (1), 7—11. (in Russian).
- Тарасов Н.Н. Юридическая техника в структуре юриспруденции (методологическое проблемы исследования) // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 7—11.
- Tikhomirov, Yu. A. (2007) Legal drafting technique — a tool for lawmaking and law enforcement. *Juridical drafting techniques*. (1), 12—15. (in Russian).

- Тихомиров Ю.А.* Юридическая техника — инструмент правотворчества и правоприменения // *Юридическая техника*. 2007. № 1. С. 12—15.
- Uspensky, L. (1927) *Essays on legal drafting technique*. Tashkent, Sredazkniga Publ. (in Russian).
- Успенский Л.* Очерки по юридической технике. Ташкент: Средазкнига, 1927. 219 с.
- Ushakov, A.A. (1963) On the method of legal drafting technique. *Uchenyye zapiski: Juridical sciences. Scientific notes of the Perm University*. 104(1), 101—118. (in Russian).
- Ушаков А.А.* О методе юридической техники // *Ученые записки: Юридические науки. Ученые записки Пермского университета*. 1963. Т. 104. Ч. 1. С. 101—118.
- Yukov, M.K. (1979) The legal drafting technique in law making. *Proceedings of Higher Educational Institutions. Pravovedenie*. (5), 45—49. (in Russian).
- Юков М.К.* Место юридической техники в правотворчестве // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 1979. № 5. С. 45—49.
- Voevodin, L.D. (1997) Legal Drafting Technique in Constitutional Law. *Moscow University Bulletin. Series 11. Law*. (3), 4—7. (in Russian).
- Воеводин Л.Д.* Юридическая техника в конституционном праве // *Вестник МГУ. Серия 11: Право*. 1997. № 3. С. 4—7.
- Vlasenko, N.A. (2001) *Legislative technology: theory, experience, rules*. Irkutsk, Vost.-Sib. Publishing House. (in Russian).
- Власенко Н.А.* Законодательная технология: теория, опыт, правила. Иркутск: Вост.-Сиб. кн. изд-во, 2001. 144 с.

About the author:

Igor P. Kozhokar — Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Leading Researcher of the Department of Legal Philosophy, Legal History and Legal Theory, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences; 10, Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-5186-5413; ReseacherID: S-4500-201

e-mail: 89272234877@mail.ru

Сведения об авторе:

Кожокар Игорь Петрович — доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник, сектор философии права, истории и теории государства и права, Институт государства и права Российской академии наук; Российская Федерация, 119019, г. Москва, ул. Знаменка, 10

ORCID ID: 0000-0002-5186-5413; ReseacherID: S-4500-201

e-mail: 89272234877@mail.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>
EDN: SFWNCD

Research Article / Научная статья

Issues of foundations and criteria of law: criticism of the theory of social rules and conventional rule of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine

Sergei N. Kasatkin  

Samara State University of Economics, *Samara, Russian Federation*

 kasatka_s@bk.ru

Abstract. The article investigates the doctrine of an American jurist, Ronald Dworkin, presented in the essay “Social Rules and Legal Theory” (1972) and considered as a stage in his large-scale polemics with legal positivism. In this doctrine the author criticizes the theory of “social rules” and the conventional “rule of recognition”, which is basic for his opponents. The theory requires an agreed unity of practice and defends the controversial character and moral engagement of normative grounds and criteria of law, their priority and autonomy against community practices. The relevance of the topic is due both to the fundamental nature of the Dworkin — positivists dispute, and peculiarities of the 1972 doctrine, which formed a number of its “cross-cutting” elements. The article is aimed at systematization and assessment of the 1972 doctrine, relies on the texts by its author, his opponents and researchers, and uses various tools, primarily the ideological and historical method, focused on explication of views and issues developing in the history of thought. The study results are generalization of original components of R. Dworkin’s 1972 doctrine, its localization within the dispute between the author and positivists and discerning its ideological and historical implications. Summing up the article emphasizes a stimulating role of the 1972 doctrine for evolution of the rival approaches, as well as its potential for the philosophy of law, associated with R. Dworkin’s problematization of a link between normativity and facticity in law, linguistic-analytical idea of a rule as a practice, and conventionalist account of foundations of law which decenters normative disagreements.

Key words: R. Dworkin, legal positivism, foundations of law, legal validity, rule of recognition, conventionality of law, controversies in law, law and morality

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. The study is funded by RFBR, project No. 20-011-00914 “The positivism project today: historical trajectory, problem field and system of legal positivism in the Anglo-American tradition”.

Article received 30th October 2022

Article accepted 15th April 2023

© Kasatkin S.N., 2023



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

For citation:

Kasatkin, S.N. (2023) Issues of foundations and criteria of law: criticism of the theory of social rules and conventional rule of recognition in “early” R. Dworkin’s doctrine. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 288—308. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>

**Проблема оснований и критериев права:
критика теории социальных правил и конвенционального
«правила распознавания» в доктрине «раннего» Р. Дворкина**

С.Н. Касаткин  

Самарский государственный экономический университет,
г. Самара, Российская Федерация
kasatka_s@bk.ru

Аннотация. Предмет — доктрина американского правоведа Рональда Дворкина, представленная в очерке «Социальные правила и правовая теория» (1972) и рассматриваемая как этап в его масштабной полемике с юридическим позитивизмом. В рамках данной доктрины автор критикует базовую для оппонентов теорию «социальных правил» и конвенционального «правила распознавания», требующую согласованного единства практики, отстаивая спорность и моральную ангажированность нормативных оснований права, их приоритет и автономию относительно практик сообщества. Актуальность темы обусловлена как фундаментальностью спора Р. Дворкина и позитивистов, так особенностями (мало обсуждаемой) доктрины 1972 года, сформировавшей ряд «сквозных» для него элементов. Статья имеет целью систематизацию и оценку доктрины 1972 года, опирается на тексты автора, его оппонентов и исследователей, использует различные инструменты, прежде всего идейно-исторический метод, сосредоточенный на разъяснении взглядов и проблем, развивающихся в истории мысли. Результатами исследования выступают обобщение оригинальных компонентов доктрины Р. Дворкина 1972 года, ее локализация в контексте спора автора и позитивистов, выявление ее идейно-исторических следствий. В качестве выводов в статье подчеркивается стимулирующая роль доктрины 1972 года для эволюции соперничающих подходов, а также ее потенциал для философии права, ассоциируемый с проблематизацией Р. Дворкином связи нормативности и фактичности в праве, лингво-аналитической идеи правила как обыкновения и конвенционалистской трактовки оснований права, децентрирующей нормативные разногласия.

Ключевые слова: Р. Дворкин, юридический позитивизм, основания права, юридическая действительность, правило распознавания, конвенциональность права, разногласия в праве, право и мораль

Конфликт интересов. Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование подготовлено при финансовой поддержке РФФИ, проект № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

Дата поступления в редакцию: 30 октября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Касаткин С.Н. Проблема оснований и критериев права: критика теории социальных правил и конвенционального «правила распознавания» в доктрине «раннего» Р. Дворкина // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 288—308. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-288-308>

Introduction

The focus of this article is the polemics between an American legal scholar Ronald Dworkin and proponents of the influential doctrine of legal positivism — a large-scale discussion concerning proper explanation of law and organization of legal theory, which is systemic for the language and agenda of the modern Anglo-American legal philosophy. Covering a wide range of conceptual, value and practical topics (the concept and composition of law, legal validity and determinacy, judicial decision and discretion, legal interpretation and argumentation, methodology of jurisprudence, etc.) these polemics are relevant both in terms of its separate historical and systematic study, and from the point of view of comparative reflection on models of legal theorizing beyond the common-law systems.

R. Dworkin’s 1972 essay “Social Rules and Legal Theory”

The article is built around R. Dworkin’s 1972 essay “Social Rules and Legal Theory” (Dworkin, 1972: 855—890)¹. In this work the author refers to the dominant view in (Anglo-American) positivism. According to this view, law is rooted in the fact of society’s adoption of some rule of recognition, which fixes institutional criteria for validity of norms of a given system and determines possibility of separating law from morality and its value-neutral conceptualization. At the same time, the rule of recognition itself is conceived as a social conventional rule that interprets a uniform practice of judges and officials in identifying and applying law as a binding standard. R. Dworkin rejects the consistency of such view, which, in his opinion, derives *the ought from an is* and localizes foundations of law in a convention that requires agreement in assessing uniform behavior. In contrast, the author emphasizes the normativity of foundations of legal rules and obligations, their large-scale controversy, moral and political bias, and autonomy from social practices, linking “validity” of standards with competing normative theories of jurists’ and judges’ purporting to be “the soundest” explanation and legitimization of the relevant law.

In this capacity, the 1972 doctrine seems valuable for analysis, especially against the background of its limited discussion in foreign literature and a lack of such discussion in Russian academic environment. Demonstrating the fundamental nature of R. Dworkin’s speculations, the doctrine not only complements his well-known challenge to positivists — the “jurisprudence of principles” (Dworkin, 1967:14—46). In fact, it sets out a number of key lines in their further polemics, anticipating the ideas of “rights thesis”, “theoretical disagreements”, “semantic sting”, “law as interpretation”, “law as integrity”, etc., which

¹ Further citation of this essay by R. Dworkin will be based on the 1978 edition (Dworkin, 1978:46—80).

are the most debated today and significant for the relevant perception of the author's works (Dworkin, 1978: 81—130; Dworkin, 1985: 119—204; Dworkin, 1986: 1—275; etc.).

In the light of the foregoing, the purpose of this article is to generalize and analyze the main (original) elements of R. Dworkin's 1972 doctrine, and to assess its ideological and historical implications in the context of the author's dispute with positivism. Accordingly, in its structure, the article includes 1) a statement of the initial positions of the disputing parties, including an outline of H. Hart's 1961 views, their 1967 criticism by R. Dworkin and answers from positivists, 2) an identification and explanation of key provisions of R. Dworkin in 1972 doctrine, touching upon the issues of foundations and criteria of law, as well as 3) an assessment of its place and significance in the development of the author's polemics with positivism, including determination of its potential unaccounted for by the opponents.

R. Dworkin versus positivists (1967): an issue of interpreting legal principles

1. The starting point: a positivist conception of H. Hart

The study of Ronald Dworkin's 1972 doctrine should begin with clarifying the ideological and historical context that preceded it. As noted above, this doctrine composes one of the stages in the dispute between the author and positivists, therefore a statement of the basic points of this polemic is necessary both for understanding R. Dworkin's claims in question and for their adequate evaluation.

As known, the starting point for the modern Anglo-American positivism and, accordingly, for the debate under discussion was the doctrine of a British philosopher and jurist, Herbert Hart. Proceeding in the light of basics of philosophical and linguistic analysis, H. Hart seeks to revive the project of analytical jurisprudence, coming from the British positivist utilitarians (Jeremy Bentham, John Austin, etc.), as a philosophical explanation of fundamental legal concepts (Hart, 1958:600). He declares a general, descriptive and morally neutral conceptualization of law as a system of rules based on conceptual-linguistic structures and institutional practices of a community (Hart, 1961:1—17; Hart, 1994:239—240). At the same time, the author rejects the classical “command” interpretation of law through orders of a sovereign as *distorting the facts*. In his opinion, such interpretation, among other things, does not adequately explain the normative nature of law (reducing it to simple empirical facts), and conceals its institutional complexity (Hart, 1961:18—78; Postema, 2011:267). H. Hart's own approach centers the idea of a social rule as opposed to the idea of a habit. The latter is used by J. Austin in explaining the mass compliance with orders of the superiors in a political community, which is fundamental to a legal system. According to H. Hart, both a rule and a habit presuppose the presence of a general (uniform, intersecting) regular behavior of the majority of members of a social group in certain circumstances. However, a rule differs from a habit in three important ways. First, deviating from rule-governed behavior is usually viewed as a lapse or a fault, which is open to criticism and faces social pressure. Secondly, this deviation is considered a proper ground for such criticism and demands to follow the rule, which are thus justified in relation to all members of the group. Thirdly, the relevant behavior is supposed to be a general standard, binding on the group as a whole. In other words, according to H. Hart, in addition to the “external aspect” intrinsic to a habit

(a regular uniform behavior accessible to observation), the existence of a social rule also requires an “internal aspect” — a critical sensible attitude to certain patterns of behavior as general standards, expressed in the mentioned criticism and demands for conformity in accepting their legitimacy (Hart, 1961:55—57; Raz, 1990:51—53).

From these positions, H. Hart explains law as a “unity” of primary and secondary rules that differ from each other in their logical form, social functions, and levels in the system (Hart, 1961: 18—49, 79—123). Thus, along with “primary” rules — binding standards aimed primarily at regulating behavior of citizens, the British jurist points out the existence of “secondary” rules in a legal system that empower officials and individuals (Hart, 1961:26—49). Among the latter he distinguishes three types of meta-rules: rules of recognition², or identification, which determine what is considered to be legal rules in a given system; rules of change, more precisely, of law-making, concerning creation, adjustment and cancelation of existing legal rules; rules of adjudication, or rather, of law-enforcement, empowering to resolve disputes, ascertain offenses, and bring violators to justice. H. Hart interprets establishment of such meta-rules as a fundamental mechanism for eliminating the problems of uncertainty, static nature and inefficiency of pre-legal normative regulation, and as a watershed in developing a legal order as such (Hart, 1961:94). He also treats the idea of the unity of primary and secondary rules as a conceptual model, capable of explaining the complexity of institutional organization of legal systems (Hart, 1961:81, 98—99; Schauer, 2006:869).

H. Hart calls the rule of recognition *the sole* of the meta-rules. In his conception, it plays the role of the ultimate foundation of a legal system, the conditions for its autonomy and unity, acting as the author’s alternative to the figure of a sovereign in John Austin’s command theory and the “basic norm” in Hans Kelsen’s pure theory of law. Unlike other legal standards, the rule of recognition does not obtain legal validity, but is a social fact, arising out of a convention and agreed practice of judges and officials in establishing and reproducing what is law in the community. Functionally, the rule of recognition (appealing primarily to official sources of law) defines the “authoritative criteria for identifying” legal rules as a set of features of a proposed standard that is accepted by the community as a conclusive affirmative indication of its legal status and due support by social pressure (Hart, 1961: 79—123)³. Hence, the existence, authority and binding nature of a legal rule is determined not by its (moral) merits, but by its compliance with the institutional criteria adopted in a legal order, the loss of legal validity by a rule does not automatically follow

² Russian translation of H. Hart’s expression “rule of recognition” as “*правило признания*”, despite its prevalence, seems to be less successful (compared to its translation as “*правило распознавания*”). It does not seem to convey an important function of this rule — identification (discernment, cognizance) of legal rules, which is associated with institutionalization of criteria for validity of legal rules and, thereby, with their delimitation from other social standards. On the other hand, it coincides / intersects with the Russian translation of another term, important for H. Hart, — “acceptance” (“*признание*”, “*принятие*”, etc.), which has a different meaning and is designed to reflect *adoption, acknowledgement, approval*, etc. of legal rules by participants in legal communication from the “internal point of view” (cf.: Hart, 1961:56).

³ It seems essential to highlight the ambiguity in H. Hart’s presentation of the idea of the “rule of recognition”. Thus, among other things, he uses this term both in the singular and in the plural and treating it as a kind of “secondary” rules (giving powers / authority), he at the same time thinks of it as the supreme rule binding on judges and officials in a system (cf.: Hart, 1961:94—110, etc.). Within this article, H. Hart’s rule of recognition is discussed as the ultimate basis of a legal system, constituting criteria for legal validity of its standards.

from its contradiction to moral standards, as well as the legal force of that rule does not necessarily follow from its moral desirability (Hart, 1958:594; Hart, 1961:185—186).

Conceiving law as a system of rules, H. Hart, at the same time, notes limitations of legal regulation. In his opinion, due to impossibility of comprehensively predetermining the meaning of language terms, the legal rules built on them have the “open texture”, providing guidance in most clear / typical cases, but turning out to be vague in borderline / controversial situations, necessarily requiring judges (law-enforcers) to choose between given alternatives, i.e., to use their discretion (Hart, 1961:124—129).

*2. R. Dworkin's challenge:
“model of rules” and “jurisprudence of principles”*

Herbert Hart's conception, taken as the most advanced and influential version of legal positivism, has been targeted by the American legal scholar Ronald Dworkin starting with his famous 1967 essay “The Model of Rules” (Dworkin, 1967:14—46)⁴. Upon that, if H. Hart initially associates the positivist nature of his doctrine solely with the thesis concerning the absence of a necessary conceptual connection between law and morality (expressed preeminently in the distinction between validity of a legal rule and its moral value) (Hart, 1961: 185—186; Hart, 1958: 594, etc.; Schauer, 2006:876—877), R. Dworkin uses his own interpretation of positivism, presenting it by means of three components, referred to in literature as the theses of pedigree, discretion and obligation (Shapiro, 2007:7—10; Patterson, 2021: 678).

So, according to R. Dworkin, firstly, positivism conceives law as a set of rules (all-or-nothing standards) that establish behavior subject to coercion or punishment by public authorities. These rules are identified — through criteria in the system's master rule — by their origin / “pedigree”, i.e., the way they are (authoritatively and officially) developed and adopted, but not by their content, or moral value (Dworkin, 1978:17, 21).

Secondly, positivism recognizes situations of exhaustion / gaps in the law, when a decision in a particular court case is not provided for by a clear or appropriate legal rule, and when “application of the law” is impossible: in these cases, judges “exercise their discretion”, (arbitrarily) applying extra-legal standards and creating, on their base, new legal rules or supplementing the old ones (Dworkin, 1978:17, 33).

Thirdly, positivism associates a person's legal obligation solely with the existence of a legal rule — hence the judge's use of discretion in disputed cases cannot be considered as providing the legal right corresponding to obligation (in such cases neither of the parties has a predetermined right to win) (Dworkin, 1978:17).

As follows from the above positions, R. Dworkin reformulates positivism from the point of view of judicial practice and substantiation of rights and obligations that belong to legal subjects — parties in the process. The doctrine of a complex system of primary and secondary rules, ascending to the rule of recognition, a key doctrine for H. Hart, is “compressed” here into one thesis of pedigree, supplemented by the theses of discretion and obligation, which are rather secondary for the British jurist (Schauer, 2006:869—881, etc.). The “separability thesis”, the main one in positivism, is only implied in the

⁴ The collection of the author's works “Taking rights seriously” published this essay under the title “The Model of Rules I” (Dworkin, 1978:14—45). Further citation of this essay will be based on the 1978 edition.

deciphering of the pedigree thesis (cf.: Dworkin, 1978:44, 46), while being constantly present in R. Dworkin's critical reasoning, and, in fact, acting as the opposition to his basic tenet concerning law's rootedness in community morality (Priel, 2020:23—32), and as the main target of his criticism (Shapiro, 2007:5, etc.; Pattaro, 2005:179).

In the stated form, the positivist doctrine is rejected by R. Dworkin as inconsistent with legal (judicial) practice. According to the critic, positivism is a model of and for a system of rules, and its central concept of a single fundamental criterion of law does not allow to recognize the important role of legal standards other than rules, most notably, legal principles (Dworkin, 1978:22).

Formulating his own approach, R. Dworkin defends specificity of principles, missed by positivism, primarily their “logical” difference from rules, missed by positivism. The author asserts that the principles do not work in an “all-or-nothing” manner, providing only general grounds or guidelines for a judicial decision. They are measured not by their validity, but by their “weight”, and, consequently, are not amenable to exhaustive fixation. Hence, they can also compete with each other in application to particular cases without losing their legal character (Dworkin, 1978:24—28).

R. Dworkin claims that once we identify principles as legal standards distinct from rules, we become aware of their all-penetrating presence. Being typical for legal practice and judicial reasoning, they are perceived (by judges and litigants) as binding standards constituting “law as it is” rather than “law as it ought to be” — a guidance in exercising discretion (Dworkin, 1978:28; Postema, 2011:406—407; cf.: Hart, 1958:605—615). Moreover, the principles play a decisive role here, forming an argumentative ground both for applying the existing legal rules and for making court decisions in cases of indeterminacy, inconsistency or absence of such rules, or even contrarily to the latter (if they are unreasonable, unfair, etc.) (Dworkin, 1978:28—39, etc.). As a consequence, the principles exclude the possibility of judicial law-making and ensure the legitimacy of statements about rights and obligations of participants in the process, even in hard cases (Dworkin, 1978:44).

Meanwhile, according to R. Dworkin, contrary to the “model of rules”, the principles are included in a legal system not through the pedigree criteria, but because of their authority — the “sense of appropriateness”, which is developed over time in a professional corporation and in society as a whole. In other words, with regard to principles, a strict separation between their justification and their legal status is irrelevant: the binding force of a principle is a consequence of its value significance and is rooted in community morality (Dworkin, 1978:40—41). Moreover, the content and weight of a principle, as well as the system of principles belonging to a particular jurisdiction, is not limited to concrete examples of their formalization, but is defined within the context of the “fusion” between practice, history of the system, and many changing and interacting legal and other ideas and standards (Dworkin, 1978:32). This, in turn, makes it impossible to identify legal principles through any clear, comprehensive, and permanent criterion (set of criteria) implied in the idea of a rule of recognition (Dworkin, 1978:43—44).

The American jurist recapitulates that from such positions the positivist model of a system of rules, singled out and combined along with their “pedigree”, is incapable to take into account specificity of principles as distinctive legal standards. It cannot adequately explain the deep moral engagement of legal principles, reflected in the nature of their

inclusion in a legal system and their functioning in legal practice even by expanding an elemental composition of law. Neither it can offer a working value-neutral test (remaining within the construction of the “rule of recognition”) that would explain the content, applicability and weight of variety of principles adopted in a legal system, and, thereby, clearly delimit law from morality. As a result, positivist jurisprudence must be abandoned (Dworkin, 1978:43—45, etc.).

3. Answers to R. Dworkin: exclusive and inclusive positivism

The challenge by R. Dworkin, outlined in his 1967 essay, had a great resonance in Anglo-American jurisprudence, having received various assessments and counter-rationales. Representatives of positivism largely accepted the critic’s arguments concerning the breadth of use and special role of legal principles in legal reasoning, as well as close connection between the binding status of legal principles and their morally conditioned rationality, or appropriateness. However, they disagreed as to the theoretical significance of this fact — its proper explanation and compatibility with positivism. The debates touched not only the place of morality in legal argumentation, but also understanding of the very basic postulates of positivist theory, giving rise to the significant division of its supporters into two camps: “exclusive” / “hard” and “inclusive” / “soft” legal positivism (Leiter, 2003:11—15; Shapiro, 2007:18—26; Postema, 2011:407; Patterson, 2021:680—682).

The first type of response to R. Dworkin is given by Joseph Raz. In his opinion, R. Dworkin, on the whole correctly describes the basics of positivism: the criteria of legal validity in the rule of recognition should always distinguish the rule of law from non-law solely on the ground of social sources, without resorting to moral judgments (“the sources thesis”) (Raz, 1979: 46). He is also correct in noting the prevalence of principles in legal reasoning, their frequent lack of “pedigree” and the professional duty of judges to consider principles in their decisions. However, J. Raz emphasizes that R. Dworkin does not distinguish between the general obligatory nature of a principle and its obligatory nature as a valid legal standard. The prevalence of principles in legal practice does not make them legal without a proper “pedigree” (even if judges are legally obligated to apply them in controversial cases), and therefore does not threaten a positivist interpretation of the nature of law. J. Raz treats the divergent perception of principles by judges and participants in the trial as doubtful or insufficient (Raz, 1983; Postema, 2011:408).

Another response to R. Dworkin is offered by Jules Coleman, who admits not only the importance of morally determined principles for judicial reasoning in a number of legal systems, but also the correctness of their consideration (and perception) as legal principles binding for court proceedings. Following H. Hart, the jurist elevates the criteria of legal validity to the basic convention of law — the rule of recognition, manifested in the practice of law-enforcement agencies. In other words, these criteria are entirely determined by this convention / practice, being contingent (“the conventionality thesis”), and potentially may include substantive reasonableness, justice and other dimensions of morality (“incorporation thesis”). At the same time, J. Coleman argues that such assumption does not undermine a doctrine of positivism, which, contrary to R. Dworkin’s interpretation, is not committed to the pedigree thesis. Positivism assumes that law is based on a social fact — a rule of recognition accepted in a certain community, constituted by law-enforcement practice and formalizing the conventional criteria of the legal standard/norm.

Hence, like formally established rules, principles that are morally reasonable or true can be valid legal standards in a particular system. For this end the judicial practice must acknowledge such principles based on their moral reasonableness or validity, or that, at least occasionally, such practice consists in resolving disputes about acting law through appeal to moral reasoning (Coleman, 2002:12; Postema, 2011:408—409; cf.: Hart, 1994:250, 263—268).

As a result, no matter what line of counter argumentation the positivists would choose when responding to R. Dworkin's challenge, the latter has not shaken their faith in *soundness* of the positivist doctrine, and its ability to present an adequate explanation of law, including the specificity of legal principles (Shapiro, 2007:26, etc.; Postema, 2011:407; Patterson, 2021:682; etc.).

In turn, the American scholar has also remained committed to his own views, perhaps being unsatisfied with the arguments by the opponents (Shapiro, 2007:26). It is noteworthy that the answer by J. Coleman and other positivists in one way or another has been constructed on R. Dworkin thesis, according to which the legal nature of a principle is determined by the “sense of appropriateness” formed in society, and the weight of such principle is determined by the amount of “institutional support” embodied in examples of its use in legislation and judicial reasoning (Dworkin, 1978:40). For positivists, such thesis was equivalent to identifying legal principles through their recognition by a judicial custom / practice, i.e., given by a social fact (Sartorius 1971:156; Raz 1983:79—81). At the same time, this interpretation did not consider R. Dworkin's important objections (Postema, 2011:409—411). In the critic's view, elaboration of a formula that determines the amount and type of institutional support, necessary to give a principle a legal character and, even more so, to establish its weight, is impossible; any principle is justified in a collision of many evolving and interacting standards (principles as to institutional responsibility, interpretation of law, force of precedents, their connection with morality, etc.), which cannot be reduced to a single, however complex, “rule”. Moreover, the huge number of existing legal principles, the controversy and variability of their content exclude the possibility of their simple enumeration, which also means a “capitulation” of the doctrine of the rule of recognition and its conventional criteria in explanation of law (Dworkin, 1978:40, 43—44).

In 1972 the American jurist focuses on the criticism of conventionality considered below.

R. Dworkin's new challenge (1972): social rules, conventions, and normative foundations of law

1. The theory of social rules and the rationale for legal obligations

In 1972 Ronald Dworkin publishes the essay “Social Rules and Legal Theory” (Dworkin, 1972:855—890), later included in the “Taking Rights Seriously” collection under the title “The Model of Rules II” (Dworkin, 1978:46—80). Committed to the 1967 ideas of the “jurisprudence of principles”, he proposes a new line of argumentation: he focuses on criticism of the doctrine declared by H. Hart and supported by many positivists as the rule of recognition, i.e., a social fact and a social, conventional and binding rule fundamental to a legal system.

As before, in his 1972 criticism R. Dworkin proceeds from an analysis of grounds of (truth of) statements about a legal obligation, including obligation of judges to follow the rule of recognition in identifying and applying certain standards as law. In his interpretation, for H. Hart, such an obligation exists when there is an appropriate binding social rule, which, in turn, takes place when the behavior of some group coincides and is perceived as a standard of one's own and others' behavior: here the fact of behavioral uniformity constitutes a social rule and its derivatives (Dworkin, 1978:49). Thus, in H. Hart's example, a rule prohibiting men to wear a hat in church exists if members of a group of churchgoers a) follow the practice of taking off their hats when entering church, b) explain their behavior by referring to this rule, and c) criticize or punish those who forget to do so (Dworkin 1978:49—50; cf.: Hart 1961:55). Hence, the duty of judges to follow the law will also be a derivative of the corresponding social rule. The latter takes place if judges regularly apply the rules established by law in their decisions, justify this practice by appealing to "the rule" that binds them, and condemn officials who violate it (Dworkin, 1978:50).

According to R. Dworkin, such a view does not allow for the differences between the two types of statements with the concept of a rule. When a sociologist speaks of "having" or "following" a rule in a community, he just describes behavior, i.e., points at the conviction of members of the community in their relevant duty but he does not express his agreement to this effect. When a churchgoer appeals to the rule, censuring on its basis his own or someone else's behavior, he also gives an assessment of the latter: he means not only that other community members are convinced that they have a certain duty, but that they do have it. In other words, if a sociologist is talking about a social rule, the churchgoer is talking about a normative rule; if the truth of the first statement implies a certain factual state of affairs, the second statement implies a normative one (Dworkin, 1978:50—51). In the critic's view, the judge within a legal process is not in the position of a sociologist, but of a churchgoer: asserting the judicial duty, he refers not to the commitment of other judges, but to its actual existence. And this means that a social rule *per se* cannot be a source of judicial duty (Dworkin, 1978:51).

Developing the above, R. Dworkin consistently indicates three limitations in applicability of the doctrine of social rules, demonstrating the impossibility of exhausting the normative grounds of (statements about) an obligation by references to behavioral practices.

Firstly, the assertion of a duty does not always imply the existence of a relevant social practice and its acceptance as a behavioral standard. For instance, a vegetarian speaking about the prohibition of killing animals for their consumption, refers not to a social rule absent in a society, but to a moral principle according to which deprivation of life is evil (Dworkin, 1978:52—53).

Secondly, the same is true of a community recognized duty. The fact of a general agreement on a normative rule is considered an (essential) part of the grounds for following such rule only in the case of "conventional", but not "concurrent" social morality. Thus, churchgoers may believe that there would be no obligation to take off the hat in church without a relevant social practice, but they will believe that an obligation not to lie remains, even if most people lie. The same may apply to judges who follow the law by virtue of political principles that for them is of independent value (Dworkin, 1978:53—54).

Thirdly, and this is what constitutes the author's "argument from controversy" (Coleman, 2002:16—18; Bayles, 1991:355—356; Postema, 2011:412): even when a uniform social practice is shared as a necessary ground for assertions of obligation, it is often unable to guarantee the unity of the normative rule and the obligation claimed on its basis. So, founded on the social rule concerning the prohibition for men to wear hats in church, people can still disagree on who this obligation applies to. Does it apply to male babies? If only half of the churchgoers support this demand, what social rule will constitute such behavior? This rule will not be indeterminate, because all behavioral facts are well known. Hence, since a conventional rule is constituted by, and limited to a relevant convergent practice, the only rule here is to consider the scope of the given prohibition to grown males (Dworkin, 1978:54—55). However, R. Dworkin argues that the latter means fatal consequences for the theory of social rules. Typically, humanly asserted normative rules vary in scope and detail, or at least they would vary from person to person, to be exact. Against the background of such discrepancies, two people cannot appeal to the same social rule (and one of them may not appeal to a social rule at all), even if they agree with each other in most cases of using the rules they adopt. Thus, H. Hart's theory is appropriate only in cases when it is believed that a disputable obligation is not an obligation. But then, in R. Dworkin's opinion, it is not applicable to judicial duties (Dworkin, 1978:55).

From these positions, the American jurist finds the explanation of the connection between social practices and normative judgments implied in the theory of social rules, unsatisfactory. It is the normative grounds — but not the facts of conventional behavior — that are central in asserting obligations as such grounds take effect without relevant social practice, along with such practice, and even in spite of it.

According to R. Dworkin, normative judgments can consider social practice as an essential element of justification (as in case of conventional morality). However, contrary to H. Hart, this practice does not form a normative rule adopted here but helps to justify it as in the practice of churchgoers, creating ways to commit violations and giving rise to relevant expectations, which are good grounds for assertion of the normative rule and obligation to take off a hat in church. The theory of social rules fails in insisting that practice must somehow have the same content as the rule asserted in its name by individuals, while the latter may be wider and narrower in scope than such practice. Moreover, the author continues, if one finds a social practice meaningless, offensive, or stupid, he, contrary to others, may in principle not consider it a justification for any duties or normative rules. Finally, if there is practice in some community, such as removing hats in church, its members will often declare different normative rules supposedly justified by this practice, disagreeing about the requirements of the relevant rule and the duties it imposes. In doing so, however, they will refer not to the social rule formed by the uniform behavior, but to the normative rule justified by it; it is the content of the normative rule that constitutes the dispute. Similarly, when judges cite a rule, for example, on the duty to follow the law, they may refer to a normative rule justified by a relevant practice and argue about its exact content, without being limited to disagreeing about the facts of other judges' behavior. Hence, R. Dworkin summarizes that positivists may rightly consider judicial duty as a case of conventional morality, but they should not rely on its simplified explanation by the theory of social rules (Dworkin, 1978:57—58).

Therefore, in the 1972 essay, this theory becomes an object of “multi-level” criticism. Even allowing for the ambiguity of the specific target of the “argument from controversy” introduced by R. Dworkin (Postema, 2011:414—415), one could argue that the author challenges both the general understanding of social practices in terms of conventions proposed by H. Hart and the positivists, and their understanding of conventions themselves, according to which conventional agreement sets the boundaries for the extension of their normative force (cf.: Postema, 2011:414). For R. Dworkin, normative foundations of standards and duties of community members have autonomy and priority in relation to established social practice and, therefore, cannot be reduced to a conventional recognition of convergent social behavior. Hence, even where behavioral uniformity is part of such normative foundations, the relevant standards and obligations may have a different — not limited by an agreed convention — scope, often being the subject of disagreements (which, judging by the author’s texts, are derived from a mismatch of more fundamental moral and political attitudes of community members).

*2. Basic criteria of law:
rule of recognition and “the soundest legal theory”*

The stated positions form the basis for a new interpretation and criticism of the rule of recognition by American jurist, supplementing the 1967 arguments and outlining an alternative to the positivist conception of legal validity.

Rejecting the opponents’ attempts to re-describe his approach by incorporating principles into the positivist “model of rules”, R. Dworkin formulates three “theses” regarding the “fundamental test of law” in a system. These can be conditionally called the conceptions of 1) social criterion, 2) normative criterion and 3) majoritarian normative criterion. According to the first one, the social rule (a set of them) acts as a standard to be used by judges in identifying rules and principles of a certain legal system. The second one sets up a normative rule or principle (a set of them) whereas the third one states that these normative rules and principles are available to the majority of judges of the system.

In other words, in the first case a judge’s duty to apply statutes, precedents and customs is based on a conventional recognition of such duty by judges as an integral social group (implying the agreed official practice). In the second case it is based on normative rules and principles shared by individual judges or lawyers, regardless of the uniformity of their understanding and application. In the third case it rests on the same normative rules or theories (not necessarily identical to each other) obtained by the majority of judges in the community (Dworkin, 1978:59—60, 66—67).

In such perspective, R. Dworkin asserts that there is a fundamental divergence between him and H. Hart concerning the first — the social — thesis. In his opinion, it is defective due to the inconsistency of the theory of social rules, which is not able to substantiate a criterion of strict delimitation of legal standards from moral and political ones. Normative theses do not allow this either. Thus, as the author argues, if he accepts some normative theory of law not shared by the rest, it will include controversial provisions, e.g., concerning an obligation of judges to give priority to recent precedents, which will require argumentation, e.g., a theory about the meaning of the institute of precedent, which, in turn, depends on controversial principles of political morality (concerning the place of the court in democracy, etc.). This type of dependence is denied

in positivism (Dworkin, 1978:60—61). Hence, R. Dworkin concludes that if his conception implies the division of principles that are subject to and not subject to application by judges as law, this means that he is committed not to the first — positivist — thesis concerning judges' recognition of a social rule with a basic criterion of law, but to the second thesis that allows to justify a normative theory on how judges should decide hard cases (Dworkin, 1978:61).

R. Dworkin treats the arguments in favor of the social thesis as unsatisfactory. Firstly, we are talking about H. Hart's view, according to which the rule of recognition allows ambiguity only in a small number of cases (e.g., in establishing whether an act of parliament that limits the powers of its future composition is valid), clearly regulating most situations, which is sufficient for the first thesis under study. In R. Dworkin's opinion, such an argument contradicts the idea of a social rule, which presupposes the consistency of practice constituting a standard of behavior and acting as a necessary and sufficient condition for fixing what judges should consider a law; in fact, the positivist rule of recognition is definite, though not covering controversial powers of parliament. Meanwhile, such a restriction does not exclude new counter examples: contrary to H. Hart, disputes about criteria of validity are not limited to rare, extraordinary instances, constantly arising when courts consider hard cases, which is fatal for the doctrine of the rule of recognition (Dworkin, 1978:61—62).

Then, the author argues that a social rule of recognition exists if judges take as guidance its specific verbal formulation, which can be vague in controversial cases. However, such an argument places too much weight on linguistic and historical contingencies: the dispute is (and is usually perceived by the participants as a dispute) about the essence of the social rule, not about its various formulations (Dworkin, 1978:62—63).

Further on, Dworkin states that the rule of recognition identifies only the threshold duties of judges suitable for clear cases, just giving recommendation for disputable situations to be resolved by discretion. However, such an argument fails to give a holistic explanation of judicial duty, is based on a dubious moral doctrine, according to which duties cannot be controversial; it also contradicts the accepted moral customs and the use of a concept of duty in moral reasoning (where disputes concern understanding of duties, but not their very existence) (Dworkin, 1978:63—64).

Finally, R. Dworkin considers the possible revision of the positivist doctrine of the rule of recognition in the spirit of “institutional support” (proposed by him earlier to illustrate justification of the legal nature of principles and their weight and associated with judges' appeal to adopted laws and precedents as deficient (Dworkin, 1978:40)).

The author presents the doctrine of institutional support as follows. First, it is possible to collect all the apparently valid legal rules in some US state, as well as all the explicit rules of institutional competence, which form the basis for considering the first set of rules as valid. Second, one may ask which set of principles would suffice to justify the collected totality of material and institutional rules. Any judge or lawyer in this state can elaborate a “theory of law” that describes this totality of principles and assign to each of them a relevant weight, and then argue that it is his set of principles that should be considered the principles of this legal system. In this context, R. Dworkin summarizes that a principle is a principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification

for the explicit substantive and institutional rules of the jurisdiction in question (Dworkin, 1978:66).

At the same time, the jurist emphasizes that due to their diversity the theories of individual judges and lawyers do not form the social rule of recognition advocated by positivists. The institutional support, tied to the issues of “pedigree”, is not enough for this role either. According to R. Dworkin, the (factual) criterion of institutional support does not provide an automatic, historical or morally neutral basis for asserting any theory of law as the soundest one, not even allowing to distinguish legal principles from moral and political ones. Meanwhile, to provide a basis for a judicial duty, the evolving legal theory and its principles must reveal not the reasons or motives for adoption of the relevant legal rules, but the political and moral interests along with the community traditions that justify them. Development of such theory and / or seeking for the best one, depends not only on official materials, but also on a wide range of normative considerations, going far beyond the positivist arguments significant for identification of law: it is difficult to think of any principle of social or political morality of a community (constitutionally accepted) not included into the extended scheme of justifying the existing rules of a legal system. A positivist can accept the criterion of institutional support as the ultimate foundation of law only at the cost of abandoning all other considerations used here (Dworkin, 1978:67—68).

As a result, from R. Dworkin’s point of view, the impossibility of creating a closed list of standards for proper justification of legal rights and obligations undermines definition of law, which is built on identification of such standards and traditional for (analytical / positivist) jurisprudence; delimitation of legal rights and obligations should proceed in a different way (Dworkin, 1978:68).

Thus, following from the criticism of the theory of social rules, in the 1972 essay R. Dworkin comes to denial of the positivist theory of conventional grounds and criteria of law — the doctrine of a single master rule of recognition. In his opinion, this doctrine ignores the moral and political content and perception of judicial argumentation, as well as the controversial standards used by judges; it is incapable of separating law from morality. As an alternative, the author proposes a model of “the soundest” normative theory (a set of such competing theories), which claims to be the best justification of the law established in a community and determination of the legal nature and weight of principles in resolving specific court cases.

At the same time, Dworkin does not clearly determine the status of the proposed normative theory. It is often seen by positivists as an alternative conception of legal validity (or “institutional support” (Sartorius, 1971:156, etc.)), which holds morality a necessary condition of legality, and which, in such capacity, is regarded as limited, unsubstantiated, and in need of positivist criteria of established law (Coleman, 2002:4; Shapiro, 2007:5, 13, etc.; Hart, 1994:264—273). However, it is important to bear in mind that R. Dworkin himself does not use such a designation, leaving the “validity” parameter for legal rules determined by “pedigree” (Dworkin, 1978:17, 26). Moreover, the perspective of speculation by the American jurist is also very specific. On the one hand, he follows in line with (normative) political and moral philosophy (Dworkin, 1978: vii—xv), considering law as an institution that legitimizes the use of public coercion (Dworkin, 1978: 17; Dworkin,

1986:93, 98), and legal rights as the most justified moral and political claims (Dworkin, 1978:xi ff., 82 ff., etc.).

On the other hand, he builds a doctrine of legal proceedings, where the key is not so much the formal identification of standards as their applicability and weight in adjudication (Dworkin, 1978:44—45, 105, etc.; cf.: Dworkin, 1986:vii ff.). Hence, given the admissibility of interpretations of R. Dworkin's doctrine in the spirit of the classical theory of legal validity (focused on its intersection with the topics of positivist jurisprudence), it seems quite appropriate to assess it as a theory of legal argumentation, or moral and political legitimacy of law (Perry, 1997:794—801; Priel, 2020:16—20; cf.: Alexy, 2010).

The 1972 doctrine in the debate between R. Dworkin and positivists: ideological and historical implications

1. The 1972 ideas in the development of R. Dworkin's views

Moving from a statement of Ronald Dworkin's 1972 updated positions to an assessment of their ideological and historical significance, it's necessary to place them again in a more general perspective, starting primarily with the trajectory of the development of his views.

Firstly, as noted above, R. Dworkin introduces the 1972 doctrine as an explanation, reformulation and additional substantiation of his original 1967 ideas: his “jurisprudence of principles” and the ensuing challenge to the positivist model of rules and judicial decisions built on it. In this regard, it is quite appropriate to say that the author's focus is still on the problematic nature of the theses of discretion and obligation, according to which, when legal rules are exhausted, all possible significant statements about judicial duty are exhausted as well (Postema, 2011:415). At the same time, R. Dworkin's challenge seems to have a more ambitious objective. His polemics with positivists here and further (taking into account, *inter alia*, a recognition of persuasiveness of their counter arguments) is not limited by debates about whether law is a system of rules, or whether judges have discretion. In essence, this is a dispute of legal ontologies that differ primarily in the relationship between morality (legitimacy) and legality, where the main target of the American scholar is the separation thesis of positivism (Pattaro, 2005:181; Shapiro, 2007:3—5, etc.; Priel, 2020:44). Without declaring identical requirements of law and morality, R. Dworkin, more clearly than in 1967, seeks to show the inferiority of the positivist criterion for their differentiation: in his opinion, any such criterion should basically include moral reasoning and evaluation (Dworkin, 1978:59—61; Postema, 2011:407).

Secondly, following the critical and positive program of the “jurisprudence of principles”, R. Dworkin's 1972 doctrine offers a significant expansion of the author's views. In fact, the latter is associated with a shift in the focus of the discussion, now turning to the positivist thesis of conventionality as another aspect in restricting the rule of recognition authority (Coleman, 2002:14) or in explaining law through social facts (Postema, 2011:415).

Thus, the idea of a rule of recognition as the ultimate basis for the validity of legal rules and for the existence of legal obligations is contested from a new perspective.

Previously, the defect of the master rule was seen by R. Dworkin in reducing criteria of law to questions of pedigree, which does not allow considering legal principles recognized by virtue of their content, or value. Now he disputes the very idea of a social binding rule of recognition that links the criteria for determining legal standards and obligations in the system solely with the fact of their acceptance and use by the courts (law-enforcers), i.e., with the presence of the relevant convention in a society. According to the author, the convention as a complex social fact cannot explain legal judgments and behavior of participants in legal practice. On the one hand, it, *per se*, does not provide normative grounds for legal obligation (the *ought* does not follow from the *is*). On the other hand, it cannot form a reliable and autonomous ground for legal regulation, since it presupposes agreement on the content and scope of social rules established by practice, which contradicts the scale of (real and potential) disagreements between community members. By analogy with the 1967 essay, R. Dworkin contrasts the positivist “model of rules” with the idea of a multitude of heterogeneous normative standards and considerations used in judicial argumentation, which are irreducible to the “institutional support” of the legal system and have no necessary connection with the established social practice, going back to moral and political doctrines and patterns. At the same time, in the 1972 interpretation, the “legality” of standards — principles — is determined by their correspondence to “the soundest” normative theory, which provides the best justification for a clearly established positive law, and legal practice is characterized through a competition of such theories, reflecting the differences in normative views of jurists and judges.

Thirdly, in the 1972 essay, R. Dworkin formulates a number of “cross-cutting” ideas that remain consistent within the final system of his views, including the doctrine of “legal interpretation”, canonical for the author’s modern perception.

Thus, the idea of the controversial character of normative grounds resonates as the doctrine of “theoretical disagreement” (1986), emphasizing the breadth of debates among judges on the very criteria of validity in a legal system, ignored and / or distorted within positivism as a “theory of plain fact” (Dworkin, 1986:3—6, etc.). Another realization of this idea are R. Dworkin’s theses on the disputability of ethical, aesthetic, etc. theories that give rise to the controversy of the ensuing interpretations, including legal judgments (Dworkin, 1985:146—166). The author’s idea of “the soundest legal theory” unfolds further in the 1975 conception of resolving hard court cases and in the 1980’s conceptions of “law as interpretation” and “law as integrity”. Here, as before, when making a decision and protecting legally recognized rights of the parties in a trial, a judge formulates the best theory of the case at hand, which simultaneously is the most consistent with the history of a given system (previous political decisions) and provides it with the best moral justification (Dworkin, 1978:81—130; Dworkin, 1985:146—166; Dworkin, 1986:225—275). Finally, R. Dworkin’s emphasis on the priority of deontology in justification of law is embodied in his criticism of a descriptive and semantic project of positivism (Dworkin, 1986:33—46, etc.), as well as in elaboration of his own legal theory as an interpretive, descriptive-evaluative jurisprudence, reasoning from the point of view of participants in legal practice and designed to ensure the legitimacy of judicial decisions (Dworkin, 1986:vii—ix, etc.).

2. *The 1972 ideas: a positivist perspective*

R. Dworkin's 1972 doctrine, being important for development of the author's views, have produced a significant impact on the theory of (Anglo-American) positivism, causing various responses among its supporters.

Firstly, the appropriateness of a number of Dworkin's ideas addressed to Herbert Hart, as the author of the conception of law, basic for positivists, has become the focus of the discussion. Earlier, in response to the 1967 challenge, positivists have already demonstrated its defective interpretation solely as a theory of rules operating in "all-or-nothing" manner, linking legal criteria only to the questions of "pedigree", treating the judicial discretion as arbitrary law-making, etc. (Leiter, 2003:5; Shapiro, 2007:3, 15—18; Patterson, 2021:678, 680). Now the question addressed to H. Hart concerns the theses that a) conventional binding rules of a community, primarily the rule of recognition, are "constituted" by uniform behavior of its members, and that b) the content of the conventional agreement establishes the scope of normative action of the convention (Postema, 2011:413—415).

Given the continuing uncertainty as to H. Hart's positions, R. Dworkin's second thesis is considered quite plausible (cf.: Coleman, 2002:22; Shapiro, 2007:24), whereas the first raises questions. For H. Hart, the existence of a social rule presupposes convergence of corresponding actions and attitudes in the community (Hart, 1961:55—57). At the same time, if the foundations of validity and authority of primary rules are raised to the rule of recognition, then validity of the latter is substantiated through a reference to the demonstrated fact of its existence as a social rule, i.e., through the description of the fact of convergent judicial behavior (Hart, 1961:103, etc.), which can be treated as problematic. The question of the grounds for primary rules is normative and requires arguments with a normative premise — a rule of recognition can act as such only if it is a normative proposition (Raz, 1990:56; Postema, 2011:413). However, contrary to R. Dworkin's interpretation, H. Hart does not build normative jurisprudence, but a theoretical description of law's normativity, no matter what foundations it rests on (Hart, 1994:242—244; Leiter, 2003:8—9). Hence, without showing the "genuine" normative grounds for propositions concerning validity of rules and their binding nature, the rule of recognition as a descriptive proposition still makes sense, anchoring the relevant normative propositions to the community in question (Zipursky, 2001:238; Postema, 2011:413—414).

Secondly, R. Dworkin's 1972 arguments lead to reinterpreting and adjustment of a number of initial positivist approaches.

Thus, on the one hand, there is an acceptance as to the limitations of H. Hart's "practice theory of rules", which covers only cases of conventional morality. The latter implies not just the "consensus of independent conviction", but the "consensus of convention" when general observance of a certain rule by a group is part of the grounds for recognizing its obligatory nature. This, in turn, means the extension of this theory to custom rules and its inapplicability to legislative norms that are valid (in accordance with the institutional criteria of the system) from the moment they are enacted and until their practical implementation (Coleman, 2002:14—15; Raz, 1990:54; Hart, 1994:255—256).

On the other hand, within the framework of ("hard") positivism, there is an alternative conception of legal rules as a special kind of practical reasons for action — institutionally recognized, mandatory behavioral "second-order reasons". According to J. Raz, they refer

to the “first-order reasons” used by subjects before and without taking into account social norms and institutions (reasons of rationality, morality, etc.), and claim to be their “preemption” and, thereby, most legitimate and successful implementation in behavioral practice (Raz, 1990:15). Within this construction, rules act as “protected reasons” and “authoritative directives” introduced through official sources of law, whereas principles are more likely to be “first-order reasons” (Postema, 2011: 406), being the object of institutional “preemption” and transformation.

Thirdly, despite the proposed adjustments, positivists remain committed to explaining law as a system of standards which go back to social sources (Raz, 1979:46; Leiter, 2003:12), including, to the fact of a conventional acceptance of the rule of recognition as a form of judicial custom used by judges and officials in their practice (Coleman, 2002: 20; Hart, 1994:256). R. Dworkin’s criticism here is opposed by serious counter argumentation.

A. The “controversy argument” declared by the critic — according to which the multiplicity of disputes on criteria of legal validity excludes the existence of a unified social practice and, thus, the binding rule of recognition — is parried by an argument dating back to Hart’s “All that succeeds is success” (Hart, 1961:149). For J. Coleman, H. Hart and others, the rule of recognition may turn out to be indefinite, however, contrary to R. Dworkin, such cases are not numerous; they mainly concern not the content of legal criteria, but their application, and are compensated by discretion. Hence, the rule of recognition is still able to perform the function of providing certainty in a system (Coleman, 2002:20; Hart, 1994:251—252; Bayles, 1991:355—357).

B. R. Dworkin’s remark concerning insufficiency of “institutional support” and the necessity of moral grounds for fixing the legal status of standards and obligations (e.g., when choosing between lines of precedents) also faces a row of counterarguments. On the one hand, it is contended that there is no legal basis for choosing decisions in a controversial case, and that judges are entitled to turn to additional, extra-legal considerations. On the other hand, the rule of recognition is said to impose a duty on judges to use moral arguments in disputable cases, thus forming a second-order method of legal decision (Coleman, 2002:22—23; Sartorius, 1971:153; Hart, 1994:247; Bayles, 1991:355).

C. The positivists also renounce R. Dworkin’s objection, according to which the delimitation of legal standards can be accomplished only with a normative rule stemming from moral and political doctrines, but not from a social rule formed by a convergent behavior. On the one hand, it is argued that a rule of recognition does not need to rely on normative considerations not rooted in social rules (Coleman, 2002: 23; Bayles, 1991:357). On the other hand, R. Dworkin’s confusion of the rule and social practice that reveals it, or the grounds for people’s acceptance of such rule and the corresponding fact, is emphasized. As noted above, according to positivists, for whatever motives the rule is adopted — and those are not reduced to moral arguments only (Hart, 1994: 257) — a statement of this fact is descriptive, not normative (Bayles, 1991:357—358; Leiter, 2003:7—9).

3. R. Dworkin’s challenges: unaccounted potential

Despite the weight of the cited counter arguments, positivists seem to have neutralized only partially the American jurist’s rationales, which retained their explanatory and critical potential within the framework of the polemics. The ideological perspective developed by R. Dworkin in the 1972 essay is not limited to the topics of legal principles, judicial

decisions or parameters of the supreme norm of a system, often discussed by his opponents, but contains fundamental challenges related to ontological questions of law (Priel, 2020:44; Patterson, 2021:677), manifested in subsequent, more complex constructions of the author.

Firstly, R. Dworkin discusses the key problems for legal philosophy concerning the correlation between normativity and factuality in law. In contrast to positivism, which links the basis of a legal system with conventional practice as a complex social fact, the author defends the necessity, autonomy and priority of the normative foundations of law: the rule of recognition as a binding rule should give a proper explanation not only for what standards are binding, but also for why they are so (Postema, 2011:411). Even if R. Dworkin's doctrine is defective, and the provisions he imputed to positivism are incorrect, its ability to present a full-fledged theory of how "facts give rise to law", going beyond a simple statement about the use of certain criteria of legal recognition in a community, is still important for asserting its tenability and value.

Secondly, rejecting the theory of social rules introduced by H. Hart as a positivist, R. Dworkin, in fact, challenges the general understanding of a rule as such, perceived from the analytical linguistic philosophy. The model comprises the rules of ordinary language as a institutional practice — rules that we learn and follow "blindly" (cf.: Wittgenstein, 1958: § 219). Yet, R. Dworkin emphasizes the reflexive and argumentative nature of rules and of a rule-compliance action. His 1967 doctrine already implies that following a legal rule requires coordination of diverse and multi-level standards and includes orientation towards their most justified — and not just "typical" — interpretation, application, and possibility of deviating from established behavioral patterns. Later, in the 1972 essay, the very capability of practice to constitute patterns of proper behavior is problematized: the emphasis shifts to the moral foundations of normativity (*inter alia*, in the absence of social practices and in opposition to them), involving identification and justification of "the soundest theory" rationally created by social actors in a controversial practical context. Development of this line is focused on centralization of interpretation as a key feature of many human activities, including legal practice (Dworkin, 1985:146), and elaboration of the interpretive theory of law, contrasted to a narrow positivism as a purely "semantic" theory (Dworkin, 1986:31—35), which is focused on describing (the concept of) law and criteria for its delimitation without offering an independent theory of legal interpretation (Patterson, 2021:689).

Thirdly, R. Dworkin rejects the positivist idea of convention as a foundation of law, necessarily implying unity, agreement and determinacy. In his opinion, it contradicts numerous disputes among judges regarding the very criteria of legal validity in the system, which cannot be described as misconceptions concerning the law in force or as discussions concerning its improvement (Dworkin, 1986: 4). In contrast to this, R. Dworkin emphasizes the idea of the fundamental contestability of value-normative knowledge that underlies social practices and institutions. As follows from the author's texts, such an idea is quite compatible with the existence of the soundest theory of law, moral or aesthetic theory, truth in interpretation, as well as completeness of legal regulation and presence of a single right answer even in hard court cases (Dworkin, 1985:119—189; Dworkin, 1986:76—85, 225—275; Dworkin, 1978:279—290). In this regard, R. Dworkin's legal theory, which seeks to account for the phenomenon of controversy, *caeteris paribus*, looks more significant or ambitious compared to the positivist theory. The latter, remaining within the

rigid model of convention, is unable to adequately explain not only “theoretical disagreements”, but the law in general. Appealing to conventional practice, positivism tries to defend the existence of objective, self-sufficient facts that legitimize the value-neutral description of law and its separation from morality. Hence, R. Dworkin’s recognition of controversial normative basics of legal reasoning not only links them with debatable provisions of morality, undermining the separation thesis of positivism, but also outlines the prospect of a conscious construction of legal theory in the methodological context of relativism (Dworkin, 1985:146—189; Dworkin, 1986:76—85).

Conclusion

R. Dworkin’s 1972 doctrine looked at in the article (despite the modest attention in foreign literature) has formulated a number of philosophically significant provisions containing both criticism of the theory of social rules and the rule of recognition, basic for modern (Anglo-American) positivism, and an alternative model of grounds and criteria of law, irreducible to conventional practice. In ideological and historical terms, these provisions have become an important step in intensifying the author’s polemics with positivists, expanding its subject and arguments, and ensuring the progress of both approaches to understanding law. Meanwhile, R. Dworkin’s 1972 doctrine has broader implications. The outlined vision of normative, controversial, and reflexive-argumentative basics of law constitutes a serious challenge to the classical positivist program in jurisprudence and introduces its own set of postulates and problems changing the space of modern legal philosophy and deserving discussion beyond Anglo-American law and legal theorizing tradition.

References / Список литературы

- Alexy, R. (2010) *A Theory of legal argumentation*. Oxford, Oxford University Press.
- Bayles, M. (1991) Hart vs. Dworkin. *Law and Philosophy*. (10), 349—381.
- Coleman, J.L. (2002) Negative and positive positivism. In: Coleman, J.L. *Markets, Morals, and the Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 3—27.
- Dworkin, R. (1967) The model of rules. *University of Chicago Law Review*. (35), 14—46.
- Dworkin, R. (1972) Social rules and legal theory. *Yale Law Journal*. 81(5), 855—890.
- Dworkin, R. (1978) *Taking rights seriously*. (2nd ed. with Reply to Critics) Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law’s Empire*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Hart, H.L.A. (1958) Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*. (71), 593—629.
- Hart, H.L.A. (1961) *The concept of law*. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1994) *The concept of law*. (2nd ed. with Postscript) Oxford, Clarendon Press.
- Leiter, B. (2003) *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. Available at: <https://ssrn.com/abstract=312781> [Accessed 1st August 2022].
- Pattaro, E. (2005) *A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. Vol. 1. Dordrecht, Springer.

- Patterson, D. (2021) Dworkin's Critique of Hart's Positivism. In: Spaak, T. & Mindus, P. (eds.). *Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 675—694.
- Perry, S. (1997). Two models of principles. *Iowa Law Review*. (82), 787—819.
- Postema, G.J. (2011) *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 11. Dordrecht, Springer.
- Priel, D. (2020) *Making sense of nonsense jurisprudence*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=3696933> [Accessed 1st August 2022].
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1983) Legal principles and the limits of law. In: Cohen, M. (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, NJ, Rowman & Allenheld, pp. 73—87.
- Raz, J. (1990) *Practical reasons and norms*. (2nd ed.) Oxford, Oxford University Press.
- Sartorius, R. (1971) Social policy and judicial legislation. *American Philosophical Quarterly*. (8), 151—160.
- Schauer, F. (2006) (Re)Taking Hart. *Harvard Law Review*. 119(3), 852—883.
- Shapiro, S. (2007) *The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. [Accessed 1st August 2022]
- Zipursky, B. (2001) The model of social facts. In: Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript*. Oxford, Oxford University Press, pp. 219—270.
- Wittgenstein, L. (1958). *Philosophical investigations*. (2nd ed.) Oxford, Blackwell.

About the author:

Sergei N. Kasatkin — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at Theory of Law and Philosophy Department, Samara State University of Economics; 141 Soviet Army str., Samara, 443090, Russian Federation

ORCID: 0000-0001-5541-9181; SPIN-code: 6195-5396

e-mail: kasatka_s@bk.ru

Сведения об авторе:

Касаткин Сергей Николаевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и философии, Самарский государственный экономический университет; Российская Федерация, 443090, г. Самара, ул. Советской Армии, д. 141

ORCID: 0000-0001-5541-9181; SPIN-код: 6195-5396

e-mail: kasatka_s@bk.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-309-320>
EDN: SGNBFC

Научная статья / Research Article

Обоснование права на достойное существование в современной западной философии: проблемы и пути решения

Н.А. Шавеко  

Институт философии и права Уральского отделения Российской академии наук,
г. Екатеринбург, Российская Федерация
Nickolai_91@inbox.ru

Аннотация. Анализируются позиции современных западных философов относительно права на достойное человеческое существование, в частности основные линии критики данного права. Цель работы — ответить на вопрос о том, является ли право на достойное существование морально оправданным. Работа выполнена в рамках аналитического подхода и свойственной ему методологии. Автор выделяет несколько типов аргументации, высказываемой в западной литературе против права на достойное существование. Это, во-первых, отсылки к фактической невозможности гарантирования данного права и указание на отрицательные последствия реализации данного права, во-вторых, отрицание внедоговорных позитивных обязанностей, которые могли бы корреспондировать данному праву, в-третьих, проблематизация несовершенного характера позитивных обязанностей, корреспондирующих данному праву. Демонстрируется, эти возражения сами по себе недостаточны для того, чтобы отвергнуть право на достойное существование, однако они показывают, что на абстрактном уровне это право не может обосновываться лишь в «негативном» смысле, то есть как право, которому корреспондируют лишь негативные обязанности других лиц. Автор предлагает рассмотреть варианты решения проблем, породивших дискуссии о праве на достойное существование, вне дискурсов о правах человека. Так, моральное основания борьбы с бедностью и иными признаками «недостойного» существования возможно сформулировать путем применения к публичной сфере по аналогии категорий гражданского права — кондикции, деликта и договора, а также с учетом классических условий наступления юридической ответственности. Кроме того, моральное обоснование обеспечения некоторого «достойного» уровня существования достигается путем обращения к общим принципам справедливого распределения материальных благ (вне зависимости от того, что считать «достойным существованием»). Одним из таких принципов служит ролзовский принцип различия, не зависящий ни от представлений о человеке как «моральном агенте», которому требуется какой-то минимальный («достойный») уровень благосостояния, ни от понимания природы прав человека.

Ключевые слова: право на достойное существование, право на существование, права человека, социально-экономические права, достоинство, второе поколение прав человека

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 31 октября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

© Шавеко Н.А., 2023



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

Для цитирования:

Шавеко Н.А. Обоснование права на достойное существование в современной западной философии: проблемы и пути решения // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 309—320. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-309-320>

Justification of the right to subsistence in contemporary Western philosophy: challenges and solutions

Nikolai A. Shaveko  

Institute of philosophy and law, Ural Branch of the Russian Academy of Sciences,
Yekaterinburg, Russian Federation
Nickolai_91@inbox.ru

Abstract. The article discusses the views of modern Western philosophers on the issue of socio-economic human rights, including the right to subsistence. The purpose of the work is to answer the question of whether the right to a decent life is morally justified. The work was carried out within the framework of the analytical approach and its inherent methodology. The author identifies several types of arguments expressed in Western literature against the right to a worthy existence. They are 1) actual impossibility of guaranteeing these rights; 2) denial of non-contractual positive obligations that could correspond to this right; 3) problematization of the imperfect nature of positive obligations corresponding to this law. It is shown that these objections in themselves are not sufficient to reject the right to a worthy existence, but they show that at the abstract level this right cannot be justified only in a “negative” sense, that is, as the right to which only the negative duties of others correspond. The author proposes to consider options for solving the problems that gave rise to discussions concerning the right to a dignified existence, outside of human rights discourse. Thus, the moral basis for the fight against poverty and other features of an “unworthy” existence can be formulated by applying to the public sphere (by analogy) the categories of civil law — condition, tort and contract, as well as taking into account the classical conditions for the onset of legal liability. Moreover, the moral justification for securing some “decent” level of existence is achieved by referring to the general principles of fair distribution of material wealth (regardless of what is considered a “decent existence”). One of these principles is the Rawlsian principle of difference, which does not depend either on the idea of a person as a “moral agent” who requires some kind of minimum (“worthy”) level of well-being, or on understanding of the human rights nature.

Key words: right to subsistence, freedom from poverty, right to basic necessities, human rights, socio-economic rights, dignity, second-generation human rights

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 31st October 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Shaveko, N.A. (2023) Justification of the right to subsistence in contemporary Western philosophy: challenges and solutions. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 309—320. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-309-320>

Введение

Право на достойное человеческое существование активно обсуждалось в русской дореволюционной философии права. В последующем в связи с установлением власти большевиков соответствующий дискурс по идеологическим причинам был

прерван. Сегодня множество научных работ посвящено исследованию взглядов русских дореволюционных правоведов, провозглашавших указанное право в том или ином виде (П.И. Новгородцев, С.И. Гессен, И.А. Покровский, Б.А. Кистяковский). Однако анализу современных зарубежных дискурсов, в которых обсуждается схожая проблематика, уделяется крайне мало внимания. Между тем право на достойное существование следует изучать не только в историческом ключе. В современной западной философской литературе обсуждается, например, т.н. право на существование (*right to subsistence*), оно же — право на предметы первой необходимости (*right to basic necessities*), а также свобода от бедности (*freedom from poverty*). Соответствующие научные дискуссии являются важным источником (по меньшей мере, одним из основных) моральной аргументации в пользу социально-экономических прав человека. Отсюда право на достойное существование является важным предметом исследований в современной западной нормативной политической теории. Под данным правом обычно понимается некий минимум социальных благ, который необходимо гарантировать каждому человеку для поддержания «достойного» существования, при этом критерии «достойного» существования, «минимума» социальных благ обычно активно дебатировались. В данной статье мы не будем углубляться в проблематику критериев «достойного минимума», а попытаемся ответить на общий вопрос о том, является ли право на достойное существование морально обоснованным, и с этой целью проанализируем основные линии моральной критики данного права, сложившиеся в современной западной науке.

Проблема обеспечения права на достойное существование

Право на достойное существование в современной западной философии подвергается критике с различных позиций. Один из аргументов, выдвигаемых в рамках данной критики, состоит в том, чтобы показать невозможность гарантировать обеспечение указанного права по объективным причинам. Далеко не все государства, отмечают скептики, могут похвастаться высоким уровнем жизни своих граждан, позволяющим обеспечить требуемые социальные гарантии против «недостойного» (в первую очередь, крайне бедного) существования. Кроме того, даже если формально соответствующие возможности имеются, гарантия каждому права на достойное существование может потребовать такого перераспределения богатств, которое приведет к упадку всей культуры.

Типичным возражением к подобным аргументом является указание на тот факт, что те социальные бедствия, которые обусловлены крайней экономической бедностью, связаны, как правило, не с отсутствием материальных благ, а с неправильным их распределением, вызванным ошибками государственного управления и социального устройства. Фундаментальными в этом отношении являются работы Амартии Сена, исследовавшего наиболее известные случаи массового голода (Sen, 1982). Таким образом, поскольку право на достойное существование касается некоторых минимальных требований, ограничения на соблюдение данных требований являются не «жесткими» (логическими, физическими или биологическими), а «мягкими» (политическими, экономическими и культурными) (Gilbert, 2009:660). Схожим образом Томас Погге замечал, что лишь около 1% совокупного годового ВНД стран с высоким уровнем дохода потребуются для того, чтобы поднять уровень доходов каждого жителя Земли выше черты бедности Всемирного банка (Pogge, 2005). В свою очередь Джеймс Никел утверждает, что раз для большинства стран мира

(в частности, для стран первых двух квартилей по среднему индивидуальному доходу, а также для многих стран третьего квартиля) *de facto* обеспечить базовые социально-экономические права вполне реально, то эти права, в том числе право на достойное существование, нельзя рассматривать как слишком обременительные (Nickel, 2005:400).

Таким образом, если одни ученые говорят, что обеспечение каждому права на достойное существование — это весьма обременительная и даже утопичная инициатива, то другие ученые приводят аргументы в пользу ее возможности и реалистичности. Вместе с тем данные дискуссии, на наш взгляд, заменяют вопрос о нормативной обоснованности идеала вопросом о достижимости данного идеала. Ясно, что безусловно недостижимый идеал не может и называться идеалом. Но в остальном следует разграничивать эти два вопроса. С нормативной же точки зрения приведенные дискуссии лишь напоминают нам о том, что любое право человека требует для своего осуществления определенных условий, поэтому конкретное содержание этих прав относительно. Мы не можем обеспечить каждому человеку некий минимальный стандарт «достойного» существования при абсолютно любых условиях, но при существующем уровне развития допустимо говорить о некотором минимуме социально-экономических гарантий, который может быть обеспечен государствами, в том числе путем международного сотрудничества. Как признают многие мыслители, точное определение «достойного существования» зависит от множества конкретных обстоятельств (Novgorodtsev, 2010:316—319; Hessen, 1999:199), но все-таки принципиально обеспечение некоторого «минимума» возможно.

Проблема обоснованности «позитивных» субъективных прав

С учетом изложенного целесообразно рассмотреть другой аргумент, высказываемый в литературе против права на достойное существование. Дело в том, что некоторые противники данного права проводят различие между негативными и позитивными правами (первым корреспондируют лишь негативные обязанности, а вторым — также и позитивные), отрицая последние как таковые вне рамок конкретных (относительных) правоотношений, на которые участники этих правоотношений в той или иной форме выразили согласие. Иными словами, у нас не должно быть позитивных обязанностей по отношению к неопределенному кругу лиц (в т.н. абсолютных правоотношениях). Эти критики права на достойное существование указывают на то, что данное право (равно как и другие социально-экономические права) подразумевает общественное устройство, осуществляющее неоправданное вмешательство в индивидуальную свободу.

Указанный аргумент попытался опровергнуть Генри Шу, исходивший из ложности противопоставления негативных и позитивных прав (Shue, 1980:13, 32, 60). По его мнению, любые права имеют позитивно-негативную природу, предполагая три корреспондирующие обязанности: 1) (негативная) обязанность не лишать людей их благ; 2) (позитивная) обязанность защищать людей от таких лишений (во-первых, принуждая других людей к исполнению обязанности № 1, во-вторых, создавая институты, которые препятствуют возникновению стимулов для нарушения обязанности № 1); 3) (позитивная) обязанность помогать тем, кто подвергся таким лишениям (вследствие либо нарушений другими людьми обязанностей № 1 и № 2, либо природных бедствий). Поскольку как гражданско-политические, так

и социально-экономические права предполагают некоторые финансовые траты и общественные институты, нет никаких причин считать последнюю группу прав второй степенной.

На этом основании Шу отстаивал право на средства к существованию (*right to subsistence*), включая в него незагрязненную окружающую среду, достаточное питание, адекватную одежду и надлежащее жилье, а также на профилактическое медицинское обслуживание (Shue, 1980:23). Провозглашение этого права породило активные дебаты, в том числе относительно того, какие именно правомочия входят в названное право. Джеймс Никел, например, отмечает, что профилактическое медицинское обслуживание — слишком слабое требование (Nickel, 2005:386—388). Данный автор истолковывает право на средства к существованию как включающее право на «существование, базовое здравоохранение и базовое образование». Первое право включает воздух, еду и воду, жилье и одежду. Второе право должно обеспечивать нормальную продолжительность жизни, выживание в детстве и при родах, физическое и психическое здоровье. Третье право должно обеспечивать навыками, необходимыми для первых двух прав, а также для «гражданственности и продуктивности».

Так или иначе, изложенное понимание прав человека у Шу и Никела подразумевает наличие позитивных обязанностей тех или иных лиц применительно к каждому из прав, а не только по отношению к социально-экономическим правам (основой которых они видят право на достойное существование). По мнению данных авторов, если мы отвергаем право на достойное существование на том основании, что оно требует от других лиц позитивных обязанностей, то по той же логике нам следует либо отвергнуть и все остальные права человека.

Вместе с тем рассматриваемые авторы не учитывают, что возможно понимание любых прав человека как сугубо «негативных прав». В литературе, например, оспаривается точка зрения Шу, согласно которой реальная возможность использования права и наличие социальных гарантий использования права должны рассматриваться как составная часть самого понятия субъективного/морального права (Raune, 2008). Отсюда нормативный вывод, который мы можем сделать: право на достойное существование можно постулировать как минимум в качестве «негативного» права, и в этом случае оно будет означать лишь то, что каждый человек должен воздержаться от таких действий, которые с разумной долей вероятности приведут к тому, что существование других людей опустится ниже некоторого «достойного» уровня.

Возложение же иных обязанностей на людей, по всей видимости, требует дополнительного обоснования. В частности, необходимо связующее звено — государство, в (относительных) отношениях с которым у одних людей есть позитивные обязанности по предоставлению некоторых благ, а у других людей есть позитивные права требования этих благ. Но в той мере, в которой государство управляется демократически, сами люди и решают, какие блага создавать и как их перераспределять. Никаких безусловных позитивных прав человека быть не может.

Проблема неопределенности позитивных обязанностей

Следует отметить, что даже если признаем возможность трактовки прав человека, при которой этим правам будут корреспондировать как негативные, так и позитивные обязанности, возникает ряд других сложностей.

Так, многие ученые замечают, что не всякое моральное требование должно выражаться в правах человека, потому что для постулирования субъективного права важно четко ответить на следующие вопросы: 1) кто является обязанным, а кто управомоченным лицом? 2) что именно обязанное лицо должно сделать для управомоченного? 3) какова санкция за неисполнение обязанным лицом своей обязанности и что именно управомоченное лицо вправе сделать в случае ее неисполнения? И если нет обоснованного ответа на эти вопросы, нельзя говорить о существовании соответствующего субъективного права человека. Скорее, речь будет идти о моральном пожелании, которое возводить в ранг закона следует разве что в качестве цели или принципа.

Противникам такого подхода (Campbell, 2007:62—67) приходится прибегать к словесным уловкам, различая принципы гуманности и справедливости, и пытаюсь основать концепцию прав человека на первом, а не на втором (что только и позволяет считать крайнюю бедность нарушением прав человека вне зависимости от причин, которыми она вызвана). Но представляется, общепринятое понимание прав человека при этом искажается и размывается, так как связывается уже не со справедливостью как идеальным состоянием правоотношений, а с определенными этическими представлениями о хорошо прожитой жизни.

В отношении позитивных обязанностей здесь возникает затруднение, связанное не столько с их «навязанным» характером, сколько с тем, что в отличие от негативных обязанностей, вне рамок конкретных (относительных) правоотношений они, как правило, являются слишком неопределенными, даже если определено корреспондирующее им право, вследствие чего и невозможно принудить лицо к их исполнению. Иными словами, когда мы утверждаем, что каждому нужно сделать что-то для каждого, а не просто воздержаться от чего-то по отношению к каждому, мы вряд ли сможем обосновать нечто большее, чем абстрактные и весьма туманные пожелания; и даже если мы четко определим права, которыми обладает каждый, останется неясным перечень активных действий, которые он вправе потребовать от остальных в обеспечение данных прав. Поэтому позитивные обязанности, как правило, не бывают общими (т.е. не существуют в т.н. абсолютных правоотношениях не потому, что это принципиально неправильно, а потому что такие обязанности крайне сложно сформулировать). Аналогичная ситуация возникает, когда мы говорим об обязанностях некоторой неиндивидуализированной группы лиц или об обязанностях в отношении таковой. Здесь обязанности могут быть изначально определенными, но уточнению подлежат уже сами группы и степень участия каждого из ее членов, и это также невозможно сделать без некоторых институтов и правил (закон должен определить не права и обязанности в абсолютном правоотношении, а субъектов, или, по крайней мере, критерии, делающие этих субъектов потенциально определяемыми (Griffin, 2008:109—110) в относительном правоотношении) (O'Neill, 1996:331—332; O'Neill, 2000:105).

В результате сторонники социально-экономических прав человека и права на достойное существование в частности (Г. Шу, Д. Уолдрон, Э. Эшфорд, Д. Тасиулас, И. Раз, А. Сен и др.) вынуждены отстаивать такое понимание прав человека, которое допускает, что корреспондировать этим правам будут лишь неопределенные обязанности неустановленных лиц, исполнение которых вряд ли возможно без создания соответствующих социальных институтов и принятия конкретизирующих нормативных актов (на вопрос о том, как мы можем в таком случае считать права человека

априори данными, Д. Тасиулас (Tasioulas, 2007:91—93) отвечает, что необходимо различать само право и механизмы его реализации). Это означает, что такие права человека, как право на достойное существование, предписывают нам, по крайней мере, создание институтов и принятие правовых документов. Так, например, борьба с бедностью (а бедность — это один из признаков «недостойного» существования) в развивающихся странах подразумевает создание глобальных распределительных институтов и контролирующих инстанций посредством многосторонних международных договоров, а в идеале — определение степени участия каждого жителя развитых стран. Заметим, однако, что и обязанность по созданию таких институтов и норм сама является крайне абстрактной, то есть проблема остается¹.

Одних ученых этот факт не смущает, и они указывают на то, что права человека изначально появились как требование к социальному институту — государству, без социума же они, как указывали еще Локк и Гоббс, вообще не имели бы смысла ввиду того, что их невозможно было бы реализовать (Reus-Smit, 2009:25—48). Эти ученые полагают, что правам человека могут соответствовать позитивные несовершенные (т.е. не подразумевающие принуждения, а исполняемые лишь по доброй воле субъектов) обязанности неопределенного круга лиц, будь то обязанность по непосредственной помощи другим или по созданию ответственных за такую помощь институтов: общая неопределенность содержания обязанностей компенсируется добровольностью их исполнения (а также выбора форм такого исполнения).

Определению «адресатов прав человека» (т.е. обязанных лиц и институтов) при этом, как правило, уделяется гораздо больше внимания, чем определению «сферы ответственности» каждого из них и их конкретных обязанностей. Д. Никел, например, предлагает комплексное представление об «адресатах прав человека», утверждая, что (1) государства являются главными адресатами прав человека их граждан, с обязанностями уважать и защищать их права человека; (2) государства имеют негативную обязанность уважать права человека граждан других стран; (3) люди несут негативную обязанность не нарушать права человека в своей стране и за границей; (4) люди как избиратели и как граждане несут ответственность за продвижение прав человека в своей стране; и (5) государства, международные организации и частные лица несут резервную (back-up) ответственность за выполнение прав человека во всем мире (т.е. субсидиарную, производную ответственность, если основное обязанное лицо не исполняет свои обязанности) (Nickel, 2005:396). С. Кейни также разрабатывает комплексную теорию ответственности по борьбе с глобальной бедностью, где ответственное лицо зависит от причин возникновения бедности (глобальные, локальные или природные факторы) (Caney, 2007:291—294).

Но другие ученые считают такое понимание прав человека сомнительным. Эта последняя группа ученых хотя и не отрицает позитивных обязанностей как таковых,

¹ Одним из способов преодоления изложенных затруднений относительно носителя обязанности заключается в том, чтобы возложить обязанность, корреспондирующую тому или иному праву, не на отдельных лиц и создаваемые ими учреждения, а на коллектив в целом (например, на семью, народ или часть мирового сообщества). Проблема такого подхода заключается в том, что хотя коллективная ответственность в принципе допустима, но коллективы, так же, как социальные институты, возникают, изменяются и исчезают. И поскольку субъект, на которого возлагаются обязанности, корреспондирующие правам человека, изменив, само право также оказывается очень зыбким. Кроме того, проблема распределения обязанностей внутри самого коллектива в отсутствие общих властных институтов остается. Чрезвычайно сложно решить ее на общенациональном или международном уровне, где явления обусловлены действиями тысяч и миллионов лиц.

но полагает, что корреспондирующие правам человека обязанности необходимо конкретизировать и распределить между обязанными субъектами, и что права человека не могут основываться на несовершенных обязанностях неопределенного круга лиц.

Некоторые попытки преодолеть неопределенность

Пытаясь найти «золотую середину», Т. Погге рассматривает право на средства к существованию (*right to subsistence*) как право не подвергаться воздействию социальных институтов, которые неизбежно ведут нас к крайней нищете, что подразумевает: (1) негативную обязанность каждого непосредственно не лишать людей безопасного доступа к средствам существования; (2) негативную обязанность каждого не быть участником и не извлекать выгоду из социальных институтов, под действием которых люди очевидно лишаются безопасного доступа к средствам существования (Pogge, 2002: 45). Понятно, что под средствами существования понимаются не любые блага, а лишь те, которые связаны с неким «прожиточным минимумом», необходимым для «достойного» существования. Понятно также и то, что наличие доступа к средствам существования не означает фактическое наличие таковых, и что доступ к ним охватывает лишь реалистичные возможности, соответствующие здравому смыслу. Также следует отметить, что лишение доступа к средствам существования может быть прямым или косвенным, обусловленным одним или многими факторами/субъектами одновременно. По-видимому, данная интерпретация не предполагает создание каких-либо новых институтов, но допускает ограничения на существующие институты. На первый взгляд, она концентрируется на негативных обязанностях, поэтому избегает сложных вопросов о трансформации несовершенных обязанностей в совершенные. Но Погге идет дальше, сначала утверждая, что социальный институт несправедлив до тех пор, пока имеются разумные основания полагать, что его можно реформировать таким образом, чтобы обеспечить людям безопасный доступ к средствам существования (и объектам прав человека в целом), а далее настаивая на том, что (3) каждый, кому такой доступ не обеспечен, вправе предъявить соответствующие требования к социальному институту (Tomalty, 2011:100—106).

Э. Эшфорд на примере негативной обязанности не поддерживать несправедливые социальные институты обратила внимание на то, что негативные обязанности также могут быть неопределенными (Ashford, 2007: 215). Она утверждает: то, что делают обычные люди в развитых странах, включая покупку и использование повседневных товаров и услуг, плохо влияет на положение обычных людей в развивающихся странах, поэтому негативная обязанность не совершать какие-либо действия может обернуться в позитивную обязанность полнейшей перестройки своего образа жизни или иную подобную обязанность². (Эта позиция является довольно

² Типичными способами смягчить имеющееся в данном примере напряжение являются отсылки к понятиям причины, вины и противоправности. Во-первых, мы вправе требовать от субъекта устранить лишь те отрицательные последствия, которые вызваны непосредственно его действием или бездействием, и без которого они бы не наступили (хотя при этом не исключается и коллективная ответственность нескольких непосредственных причинителей вреда). Во-вторых, ответственность, по общему правилу, должна быть виновной, а это значит, что вышеуказанные причинно-следственные связи должны быть очевидны для здравого смысла среднестатистического человека. В-третьих, принцип генерального деликта не является общепризнанным, и потому можно принять точку зрения (сейчас мы

распространенной в западной литературе, см. напр. (Lichtenberg, 2009:83—84). Следовательно, делает вывод Эшфорд, разделение на позитивные и негативные обязанности в принципе крайне неоднозначно. На это мы полагаем возможным возразить, что обязанность не совершать какие-либо действия, даже если эти действия являются привычными и обыденными, все же является негативной, так как людям в этом случае не предписывается конкретный образ жизни, который должен прийти на место старому. Вот почему некоторые исследователи трактуют (юридическую) обязанность не поддерживать несправедливые социальные институты узко, как обязанность не участвовать виновно в создании новых несправедливостей, и тем самым пытаются скорректировать позицию Т. Погге (Tomalty, 2011:158). Таким образом, четкий логический критерий разделения негативных и позитивных обязанностей все же существует.

Заключение

Поставленный в начале статьи вопрос, а именно является ли право на достойное существование морально обоснованным, был рассмотрен нами через призму критики данного права. Мы увидели, что многие мыслители согласны рассматривать данное право только в «негативном» смысле, т.е. как право, которому не соответствуют какие-либо позитивные обязанности. В противном случае мы сталкиваемся с проблемой обеспечения и конкретизации указанного права, и нам приходится признавать, что данному праву корреспондируют лишь весьма абстрактные и потому несовершенно (не подлежащие принудительному исполнению) позитивные обязанности неопределенного круга лиц. Конечно, данный взгляд не исключает того, что позитивные обязанности тех или иных субъектов могут быть оправданы с учетом конкретных обстоятельств, однако в целом право на достойное существование может быть оправдано лишь в смысле права, которому никакие определенные обязанности не соответствуют, но тогда не понятно, насколько оно вообще является правом.

Действительно, если рассматривать права человека как неотчуждаемые и данные каждому от рождения, то не остается ничего иного, как принять минималистическую (узкую) трактовку, в соответствии с которой правам человека могут корреспондировать лишь негативные обязанности. Фактически это означает, что права человека как таковые не дают никакой ощутимой гарантии против бедности и связанной с ней уязвимостью человека как морального агента (а именно на преодоление

не обсуждаем ее обоснованность), согласно которой не всякое причинение вреда, а лишь причинение вреда противоправными действиями влечет юридическую ответственности. Каждым из этих трех оснований мы можем обосновать, почему от обычных граждан развитых стран, как правило, не требуется воздерживаться от всех тех действий, которые они совершают ежедневно, ради граждан развивающихся стран. Однако это не препятствует установлению распределительных институтов, которые, не являясь карательными, будут функционировать на основе принципов, не связанных с вредом, виной и причинностью. Их установление не потребует, вопреки Э. Эшфорд, пересмотра теории ответственности, так как будет обусловлено исключительно представлениями о справедливости распределения, а не конкретными фактами нарушения прав человека. На наш взгляд, Эшфорд не улавливает различия между ответственностью и обязанностью: обязанность, в отличие от ответственности, не всегда вызвана правонарушением. Она может протекать, во-первых, из событий (фактов, не связанных с волей конкретных субъектов), во-вторых, действий (выражений воли субъектов, в т.ч. договоров и правонарушений), в-третьих, из их совокупности (в т.ч. такой фактический состав, как неосновательное обогащение), и лишь неправомерные действия влекут ответственность.

такой уязвимости, как правило, и направлена идея «достойного» существования в работах западных ученых), но они, по крайней мере, запрещают другим использовать данную уязвимость в корыстных целях. Сказанное не исключает того, что в целом субъективным правам могут корреспондировать также и позитивные обязанности, но это возможно, как правило, лишь в относительных правоотношениях (т.е. в тех, где четко определена каждая из сторон), и, во всяком случае, при наличии известных социальных институтов, регламентирующих данные обязанности и ответственность за их неисполнение. В зависимости от тех или иных обстоятельств, связанных с целями и реальными возможностями существующих конкретных социальных институтов, известностью причинно-следственных связей, виновностью и т.п. факторами, многие позитивные обязанности (в т.ч. корреспондирующие социально-экономическим правам, таким как право на достойное существование) могут являться настоятельными требованиями справедливости (а значит, и закрепление права на достойное существование в правовых документах вполне может оказаться обоснованным). Поэтому проблема достойного существования не чужда теории справедливости, но не всегда релевантна теории прав человека.

Конечно, допустимы различные подходы к осмыслению прав человека. Анализируя общепризнанные на сегодняшний день права человека, можно заключить, что подавляющее большинство из них предполагает не только существование социальных институтов, но и конкретные социальные и природные факторы, в условиях которых эти права были закреплены. Поэтому социально-экономические права, связанные с достойным существованием, *de jure* имеют такой же статус, как и иные права человека. Но если мы говорим о совершенно безусловных и принадлежащих каждому человеку правах, то таким правам, по всей видимости, могут соответствовать лишь негативные обязанности.

Однако не подменяет ли такой вывод существа проблемы? Ведь задача состоит в том, чтобы понять, справедливо ли предоставить в данных конкретных обстоятельствах каждому человеку право на достойное существование, а не в том, принадлежит ли такое право каждому в силу рождения, т.е. априори.

Полагаем, что данный вопрос может быть отчасти разрешен не в рамках дискуссий о природе прав человека, как это происходит в западной науке, а путем заимствования отдельных юридических конструкций. Мы могли бы, например, задаться вопросом, насколько действия развитых стран и их граждан способствуют отсталости менее развитых стран и их граждан (ср. с деликтными обязательствами в гражданском праве), и в какой мере первые своим богатством обязаны вторым (ср. с кондикционными обязательствами в гражданском праве). Мы можем поставить вопрос о том, насколько добровольно заключались те или иные международные договоры (ср. с договорными обязательствами в гражданском праве и основаниями признания сделок недействительными). Все эти вопросы имеют отношение к справедливому разрешению проблемы обеспечения достойного существования; схожие вопросы можно ставить и на внутригосударственном уровне. Так, мы могли бы задаться вопросом, не стал ли человек обездоленным в результате противоправных действий других людей или в результате собственных решений, принятых в ситуации, при которой эти решения нельзя считать осознанными и добровольными. Но сама постановка данных вопросов означает, что проблема достойного существования может быть решена и без постулирования данных каждому от рождения безусловных социально-экономических прав, в том числе права на достойное существование.

Деликтное право подразумевает, что если я причинил вред, я должен его возместить. Договорное право исходит из того, что несвободно взятое на себя обязательство недействительно. Наконец, конструкция кондикционного обязательства означает, что если я неосновательно обогатился за чей-то счет, я должен вернуть полученное. Представляется, что соответствующие юридические конструкции могут быть экстраполированы на публичную сферу с целью показать правомерность или неправомерность имеющихся условий существования.

Кроме того, следует рассмотреть проблему достойного существования в более широком контексте теории распределяющей справедливости (т.е. в контексте моральных дискуссий об общих принципах распределения материальных благ, а не о каком-то «минимуме» таких благ, на который якобы имеет право каждый). Понятно, что обеспечение достойного существования не сводится к предоставлению материальных благ, однако связь здесь достаточно сильная. Одним из ответов на проблему распределения материальных благ является т.н. «принцип различия», сформулированный Дж. Ролзом, и согласно которому распределение доходов и богатств должно производиться к наибольшей выгоде наименее успешных лиц. Конечно, указанный принцип подвергался многочисленной критике в научной литературе, и в нашу задачу здесь не входит рассмотрение его обоснованности. Но важно подчеркнуть, что этот принцип, во-первых, обосновывается Ролзом на достаточно абстрактном уровне, во-вторых, сам по себе не связан с категорией прав человека, в-третьих, избегает свойственной праву на достойное существование проблемы определения «достойного минимума». Сказанное, по крайней мере, демонстрирует, что теория распределяющей справедливости может быть продуктивной в решении проблем, на решение которых изначально направлена идея права на достойное существование. Возможно, это так же означает, что столь часто критиковавшийся учеными ролзовский принцип различия имеет большие шансы на «реабилитацию».

Таким образом, современные дискуссии в западной науке показывают, что право на достойное существование может получить универсальное обоснование лишь в «негативном» смысле, и в любом случае сталкивается с проблемой определения критериев достойного существования. В «позитивном» смысле право на достойное существование может быть оправдано лишь с учетом конкретных обстоятельств, т.е. любые попытки обосновать данное право как универсальное следует считать несостоятельными. Однако те моральные проблемы, на решение которых направлено постулирование данного права, могут быть решены, во-первых, путем экстраполяции некоторых конструкций частного права на уровень публичного права, во-вторых, путем справедливого распределения материальных благ (таким образом, речь должна идти не столько о том, что такое «достойное существование», сколько о том, каковы принципы справедливого распределения имеющихся материальных благ). Именно этого не учитывают современные теоретики права на средства к существованию, свободы от бедности и т.п. идеалов, что демонстрирует ограниченность их подхода, и не позволяет им найти оптимальное теоретическое решение моральных проблем, ради которого эти идеалы и провозглашаются.

References / Список литературы

- Ashford, E. (2007) The duties imposed by the human right to basic necessities. In: Pogge, T. (ed.) *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?* New York, Oxford University Press, pp. 183—218.

- Beitz, Ch.R. (2009) *The idea of human rights*. New York, Oxford University Press.
- Campbell, T. (2007) Poverty as a violation of human rights. In: Pogge, T. (ed.) *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?* New York, Oxford University Press, pp. 55—74.
- Caney, S. (2007) Global poverty and human rights. In: Pogge, T. (ed.) *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?* New York, Oxford University Press, pp. 275—302.
- Gilbert, P. (2009) The feasibility of basic socioeconomic human rights: a conceptual exploration. *The Philosophical Quarterly*. (59), 659-681.
- Griffin, J. (2008) *On human rights*. New York, Oxford University Press.
- Hessen, S.I. (1999) *Selected works*. Moscow, ROSSPEN Publ. (in Russian).
Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: РОССПЭН, 1999. 812 с.
- Lichtenberg, J. (2009) Are there any basic rights? In: Beitz, Ch.R. & Goodin, R.E. (eds.) *Global basic rights*. New York, Oxford University Press, pp. 71—91.
- Nickel, J.W. (2005) Poverty and rights. *The Philosophical Quarterly*. (55), 385—402.
- Novgorodtsev, P.I. (2010) *Selected works*. Moscow, ROSSPEN Publ. (in Russian).
Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010. 959 с.
- O'Neill, O. (1996) *Towards justice and virtue: a constructive account of practical reasoning*. Cambridge, Cambridge University Press.
- O'Neill, O. (2000) *Bounds of justice*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Payne, M. (2008) Henry Shue on basic rights. *Essays in Philosophy*. 9 (2), 220—227.
- Pogge, T. (2002) *World poverty and human rights: cosmopolitan responsibilities and reforms*. Cambridge, Polity Press.
- Pogge, T. (2005) World poverty and human rights. *Ethics & International Affairs*. 19 (1), 1—7.
- Rawls, J. (2010) *A theory of justice*. Moscow, LKI Publ. (in Russian)
Ролз Дж. Теория справедливости. М.: ЛКИ, 2010. 536 с.
- Reus-Smit, C. (2009) On rights and institutions. In: Beitz, Ch.R. & Goodin, R.E. (eds.) *Global basic rights*. New York, Oxford University Press, pp. 25-48.
- Sen, A. (1982) *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*. New York, Oxford University Press.
- Shue, H. (1980) *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. Princeton, Princeton University Press.
- Tasioulas, J. (2007) The moral reality of human rights. In: Pogge, T. (ed.) *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?* New York, Oxford University Press, pp. 75—102.
- Tomalty, J. (2011) *On subsistence and human rights*. PhD Thesis. University of St. Andrews.

Сведения об авторе:

Шавеко Николай Александрович — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, Институт философии и права, Уральское отделение Российской академии наук; Российская Федерация, 620108, г. Екатеринбург, ул. Софьи Ковалевской, д. 16

ORCID ID: 0000-0002-5481-7425; ResearcherID: K-4637-2018; SPIN-code: 3004-0891
e-mail: Nickolai_91@inbox.ru

About the author:

Nikolai A. Shaveko — Candidate of legal sciences, researcher of the Institute of philosophy and law, Ural Branch of the Russian Academy of Sciences; 16 S. Kovalevskaya str., Yekaterinburd, 620108, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-5481-7425; ResearcherID: K-4637-2018; SPIN-code: 3004-0891
e-mail: Nickolai_91@inbox.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-321-337>
EDN: RSCVCG

Научная статья / Research Article

Концессионная политика Советского государства: механизм реализации

М.В. Немытина¹, А.Б. Краснов²✉

¹Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

²Международная межправительственная организация

Объединенный институт ядерных исследований, г. Дубна, Российская Федерация

✉ krasnov@jinr.ru

Аннотация. Анализируется опыт реализации концессионной политики РСФСР и СССР периода 20-х гг. XX в., используемые в ее рамках подходы, позволявшие решать одновременно широкий комплекс задач, связанных с подъемом внутренней экономики и преодолением внешне-политической изоляции. Этот опыт Советского государства может быть использован для решения проблем, стоящих перед Российской Федерацией на сегодняшний день. Авторы обосновывают, что концессионная политика Советского государства представляла собой рационально выстроенный механизм для решения ряда задач: 1) создание в Советской стране иностранных концессий способствовало выходу из дипломатической блокады, объявленной западными странами; 2) посредством концессионной политики шло возобновление обязательств Российской империи перед иностранными инвесторами в условиях социалистической экономики; 3) создавая концессии, советское правительство во главе с В.И. Лениным привлекало для развития экономики материальные и технологические ресурсы из Европы и США; 4) на концессионных предприятиях за счет средств иностранных инвесторов формировались модели производственных отношений с высоким уровнем организации труда и условий жизни рабочих, которые затем должны были внедряться повсеместно; 5) концессионная политика охватывала национальные окраины и способствовала объединению экономического потенциала республик в составе Союза ССР. Проведенный анализ нормативного правового регулирования концессионных отношений дает основания полагать, что концессионную политику Советского государства не следует сводить к НЭПу, поскольку ее реализация была начата раньше, с принятием Декрета СНК от 23 ноября 1920 г. «Общие экономические и юридические условия концессий», и в ее рамках решался круг задач, выходящих далеко за рамки предусмотренного НЭПом оживления экономики за счет использования частноправовых начал. Следует также обратить внимание на конституционный характер регулирования концессионных правоотношений, определявшийся Договором об образовании Союза ССР 1922 г. и Конституцией 1924 г.

Ключевые слова: концессии, РСФСР, СССР, концессионные правоотношения, преодоление внешнеполитической изоляции, Декрет о концессиях

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

© Немытина М.В., Краснов А.Б., 2023



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

Информация о вкладе авторов: М.В. Немытина, А.Б. Краснов (в соавторстве) — введение, заключение; А.Б. Краснов — Роль концессий во внешнеполитическом курсе РСФСР и СССР; М.В. Немытина — Реализация экономических задач Советского государства посредством концессионной политики.

Дата поступления в редакцию: 26 декабря 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Немытина М.В., Краснов А.Б. Концессионная политика Советского государства: механизм реализации // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 321—337. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-321-337>

Concession policy of the Soviet state: implementation mechanism

Marina V. Nemytina¹ , Alexey B. Krasnov²  

¹RUDN University, Moscow, Russian Federation

²International intergovernmental organization Joint Institute for Nuclear Research (JINR),
Dubna, Russian Federation

 krasnov@jinr.ru

Abstract. The article analyzes the experience of the concession policy implementation by the RSFSR and the USSR during the 20s of the twentieth century and the approaches used in its framework, which allowed solving simultaneously a wide range of tasks related to the rise of the domestic economy and overcoming foreign policy isolation. This experience of the Soviet state can be used to solve the challenges the Russian Federation is facing today. The authors substantiate that the concession policy of the Soviet state was a rationally constructed mechanism able to solve a number of tasks. 1) Creation of foreign concessions in the Soviet country contributed to withdrawal from the diplomatic blockade declared by Western countries. 2) Through the concession policy the obligations of the Russian Empire to foreign investors were renewed in the conditions of a socialist economy. 3) By creating concessions the Soviet government headed by V.I. Lenin attracted the material and technological resources of the European countries and the USA for the development of the economy of the Soviet country. 4) At concession enterprises models of industrial relations with a high level of labor organization and living conditions of workers were formed at the expense of foreign investors, which then had to be introduced everywhere. 5) The concession policy covered the national suburbs and contributed to unification of the economic potential of the republics as part of the USSR. The analysis of the legal regulation of concession relationships carried out in this article gives reason to suppose that the concession policy of the Soviet state should not be reduced to the NEP because its implementation started earlier. In fact, it was launched with the adoption of the Decree of the Council of People's Commissars of November 23, 1920 On General Economic and Legal Conditions for Concessions and within its framework a range of tasks that went far beyond the economic recovery envisaged by the NEP through private law principles was solved. Attention should also be paid to the constitutional nature of the regulation of concession legal relations, which was determined by the "Treaty on the USSR Foundation of 1922" and the Constitution of 1924.

Key words: concessions, RSFSR, USSR, concession relationships, overcoming the foreign policy isolation, Decree on concessions

Conflict of interest. The authors declare no conflict of interest.

The authors' contribution. *M.V. Nemytina, A.B. Krasnov* (co—authored) — introduction, conclusion; *A.B. Krasnov* — The role of concessions in the foreign policy of the RSFSR and the USSR; *M.V. Nemytina* — Implementation of the economic tasks of the Soviet state through the concession policy.

Article received 26th December 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Nemytina, M.V., Krasnov, A.B. (2023) Concession policy of the Soviet state: implementation mechanism. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 321—337. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-321-337>

Введение

В условиях примененной в отношении Российской Федерации санкционной политики и свертывания внешнеполитического и внешнеэкономического сотрудничества стран Запада с Россией имеет смысл, перелистав страницы отечественной истории, попытаться найти аналогичные примеры, а главное — варианты выхода из подобных сложных ситуаций. В этом отношении интересен и показателен опыт реализации правительством РСФСР и СССР концессионной политики, те подходы, средства и механизмы, которые были использованы для решения внешнеполитических и экономических задач, стоявших перед молодым советским государством. Анализ опыта государственно-правового регулирования периода 20-х гг. XX в. показывает, что концессии¹ в РСФСР и СССР использовались не только как средство подъема внутренней экономики и улучшения хозяйственной деятельности, но и одновременно служили способом прорыва дипломатической блокады и внешнеэкономической изоляции, объявленных Советской Республике странами Запада, что и обусловило общую направленность регулирования концессионных правоотношений.

Цель настоящего исследования — выявление механизма реализации концессионной политики РСФСР и СССР в 20-е гг. XX в., который определял необходимость как укрепления позиций Советского государства на международной арене путем преодоления внешнеполитической изоляции, так и ускоренного развития экономики за счет привлечения инвестиций и передовых технологий из Европы и США.

Проблема реализации концессионной политики с привлечением частного иностранного капитала встала перед большевиками вскоре после прихода их к власти и провозглашения Республики Советов в октябре 1917 г., еще до введения НЭПа, как отмечают исследователи (Kurys' & Tishchenko, 2011:49). В концессионной политике Советского государства, начало реализации которой было положено Декретом СНК от 23 ноября 1920 г. «Общие экономические и юридические условия концессий»²,

¹ Concessio, -onis, f. [concedo] 1) уступка; 2) дозволение, согласие // Латинско-русский словарь, приспособленный к гимназическому курсу / сост. Г. Шульц. 9-е изд. СПб.: Тип. Императорской Академии наук, 1898. С. 116.; в полицейско-правовом смысле концессия есть дозволение компетентной власти на устройство такого промышленного предприятия, которое по закону требует предварительного разрешения правительства // Энциклопедический словарь / под ред. И.Е. Андреевского. СПб.: Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. 1890—1907. Т. 16: Конкорд — Коялович. 1895. С. 146.

² Декрет СНК от 23 ноября 1920 г. «Общие экономические и юридические условия концессий» // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1920 г. М.: Управление делами Совнаркома СССР. 1943. С. 694—695.

четко прослеживается стремление правительства большевиков во главе с В.И. Лениным, мобилизовав ресурсы, как свои, так и западных стран, осуществить взаимовыгодный обмен ими для решения стратегических задач Советского государства.

Общий план действий советского руководства по восстановлению и налаживанию социалистической экономики с использованием иностранного капитала охарактеризовал американский исследователь Э. Саттон, усмотревший «прагматизм коммунистов» в вопросе централизации управления различными секторами народного хозяйства путем выявления отдельных неработоспособных предприятий, осуществлявших технологически сложные производственные операции, на восстановление и развитие которых у Советского государства не было собственных ресурсов, поэтому требовалась долгосрочная помощь для их существенной модернизации и передача их иностранным инвесторам на условиях концессии (Sutton, 1970:345—346).

Представляют интерес данные о реализации концессионной политики в РСФСР и СССР, приводимые заместителем председателя Государственного Концессионного комитета при СНК СССР А.А. Иоффе, согласно которым в период с 1922 по 1926 гг. в советской стране были заключены 144 концессионных договора в торговой, обрабатывающей, транспортной, горной, промысловой, строительной, лесной и иных отраслях экономики. Ведущими государствами-партнерами советской страны, исходя из национальной принадлежности соискателей и участников концессионной деятельности, являлись Германия, Великобритания, США и Франция, на долю которых выпало 57 % всех заключенных концессионных договоров (Ioffe, 1927:83). А.А. Иоффе предлагал разработать план, на основании внедрения которого стала бы «возможной более активная и плановая концессионная политика Советского правительства» по использованию объектов экономики (Ioffe, 1927:86—87). По оценкам другого сотрудника ГКК при СНК СССР, В.П. Бутковского, из более чем 2 тыс. предложений о предоставлении концессий, поступивших в адрес советского правительства от иностранных инвесторов в период с 1922 по 1927 гг., для заключения договоров было выбрано всего 160 (Butkovsky, 1928:32—33, 42—43).

Исследование выполнено с использованием *диалектического подхода*, позволяющего выявить взаимосвязь совокупности экономических и внешнеполитических факторов в рамках реализации концессионной политики Советского государства, и *синергетического подхода*, обеспечивающего взгляд на концессионную политику и концессионные правоотношения как на саморазвивающуюся систему.

Был изучен широкий круг источников права. Это международные договоры СССР и РСФСР, Советское законодательство, концессионные соглашения Советского государства. Всего при подготовке статьи было проанализировано свыше тридцати нормативных правовых актов и иных источников нормативного характера. Были использованы «проливающие свет» на концессионную политику Советского государства материалы международных конференций и партийных съездов, а также дневники, воспоминания, публичные выступления и статьи государственных деятелей, как российских, так и зарубежных, представителей иностранного бизнеса.

Среди наиболее интересных работ Советского периода, можно назвать работы Б.А. Ландау (Landau, 1925), В.П. Бутковского (Butkovsky, 1928) и И.Н. Бернштейна (Bernshtein, 1930). Показательно, что авторы этих работ были сотрудниками Главного концессионного комитета при СНК СССР.

В ряду исследований по тематике концессий в РСФСР и СССР, проведенных в постсоветский период, можно выделить работы Н.В. Курьсы, С.Г. Тищенко (Kurys', 2003; Kurys' & Tishchenko, 2011), В.В. Булатова (Bulatov, 2011).

Среди зарубежных авторов, чьи исследования отражают концессионную политику советского правительства, следует в первую очередь назвать известного американского экономиста Э. Саттона, который убедительно доказал, что концессии в СССР «сыграли важную роль в том, чтобы обратить вспять промышленный спад и создать основу для развития» (Sutton, 1970: 328).

Таким образом, делегирование Советским государством публично значимых функций в хозяйственной сфере субъектам частной инициативы — иностранным компаниям, предоставление им специальных правомочий во многом определялось тем сложным внешнеполитическим и экономическим положением, в котором оказалась страна, избравшая социалистический путь развития. Несмотря на все трудности и противоречия, к середине 1920-х гг. советскому правительству в основном удалось сформировать практику заключения концессионных соглашений с иностранными компаниями.

Роль концессий во внешнеполитическом курсе РСФСР и СССР

С момента прихода к власти большевиков и заключения в марте 1918 г. Брест-Литовского мирного договора Россия рассматривалась ведущими западными державами в качестве проигравшей стороны в связи с нарушением ею союзнических обязательств перед Антантой и сепаратным выходом из войны, что, в свою очередь, обусловило последующее предъявление финансовых претензий к РСФСР в рамках международной экономической конференции, открывшейся 10 апреля 1922 г. в Генуе.

Внешнеполитическое положение РСФСР усугубил тот факт, что основной потенциальный финансовый донор послевоенного европейского восстановления — Соединенные Штаты Америки — не прислали на конференцию своего официального представителя вследствие экономических и политических разногласий с союзниками по Антанте³.

Советский партийный руководитель, член ЦК РКП(б) Карл Радек позднее охарактеризовал обусловленность претензий к Советской России со стороны стран Европы их плачевным финансовым положением (Radek, 1923: 87—88).

С учетом вышеописанной ситуации, а также исходя из признания за РСФСР статуса государства, потерпевшего поражение, европейские страны не замедлили выдвинуть советской стороне требования о выплате репараций и представления возмещений в виде передачи национализированных предприятий в концессию бывшим собственникам. В свою очередь, принимая во внимание тяжелое экономическое положение, Республика Советов находилась в поиске взаимовыгодных решений в отношениях с Европой, и юридическая конструкция концессий в данном вопросе являлась неплохим подспорьем, на что был сделан акцент делегацией РСФСР: «...Советское Правительство, исходя из соображений наиболее успешного восстановления промышленности и достижения ее максимальной производительности, само стремится при сдаче в концессию рудников, фабрик и прочих предприятий оказывать предпочтение их бывшим собственникам как лицам, обладающим опытом и

³ Отчет заседания Всерос. Центрального Исполн. Комитета (27/1 1922) по вопросу о посылке российской делегации в Геную. Доклад Наркоминдела тов. Чичерина // Материалы Генуэзской конференции: (Подготовка, отчеты заседаний, работы комиссии, дипломатическая переписка и пр.) / РСФСР. Нар. комиссариат по иностр. делам; ред. Г.Б. Сандомирский. М. 1922. С. 20.

знанием страны. Но оно не может принять условия реституции этих предприятий на правах собственности, ни даже обязательной сдачи их в аренду прежним владельцам, так как это нарушает суверенитет Российской Республики»⁴.

Требования о выплате репараций, выдвигавшиеся членами Антанты не только в адрес России, но и Германии, создали «максимум побудительных мотивов как для Германии, так и для Советского Союза преодолеть идеологическую вражду и сотрудничать в деле подрыва Версаля», как гораздо позднее отметит Госсекретарь США Г. Киссинджер (Kissinger, 1994:264).

Как следствие, одним из существенных как для советской, так и для немецкой стороны результатов от участия в конференции в Генуе стало заключение РСФСР и Германией международного договора в г. Рапалло (Италия) 16 апреля 1922 г., в соответствии с которым Германия отказывалась «от претензий, вытекающих из факта применения до настоящего времени законов и мероприятий РСФСР к германским гражданам и их частным правам, равно как и к правам Германии и германских государств в отношении России», а также объявляла «о своей готовности оказать возможную поддержку сообщенным ей в последнее время проектируемым частными фирмами соглашениям и облегчить проведение их в жизнь»⁵.

Одной из существенных выгод от заключения Рапальского договора для РСФСР стала готовность Германии субсидировать советскую экономику путем предоставления кредитов⁶. Однако к 1923 году системные проблемы в экономике привели к тому, что обменный курс марки понизился со 110 тыс. марок за один доллар в июне до 4,6 млн — в августе (Winkler, 2013:240). Такая серьезная гиперинфляция не позволила Германии предоставить обещанные советской стороне кредиты, однако в то же время данное экономическое явление стимулировало немецких предпринимателей переносить производства за пределы страны в целях их сохранения. В этих условиях концессионные соглашения с РСФСР оказались для немецких предпринимателей выгодной формой сотрудничества.

Уже 23 марта 1922 г. между Правительством РСФСР и компанией «Фридрих Крупп в Эссене» был подписан концессионный договор на предоставление земельного участка в Сальском округе Донской губернии для сельскохозяйственных целей с использованием техники и оборудования, производимого фирмой Круппа⁷. Интересы данной фирмы, как сообщал В.И. Ленину руководитель торгпредства в Берлине Б.С. Стомоняков, распространялись и на ресурсы лесного хозяйства РСФСР⁸.

Представлявший Германию на Рапальских переговорах с Россией рейхскацлер Й. Вирт, выйдя в 1922 г. в отставку, организовал в Германии «Общество для

⁴ Меморандум делегации РСФСР от 20.04.1922 г. // Материалы Генуэзской конференции (Подготовка, отчеты заседаний, работы комиссии, дипломатическая переписка и пр.) / под ред. Г.Б. Сандомирского. М., 1922. С. 129, 135—136.

⁵ Ст. 2, 5 Договора между РСФСР и Германией, заключенного в Рапалло 16.04.1922 г. // Известия ВЦИК. 10 мая 1922. № 102 (1541).

⁶ Телеграмма члена Советской делегации на Генуэзской конференции в Народный Комиссариат Иностранных Дел РСФСР // Документы внешней политики СССР. Т. 5: 1 января — 19 декабря 1922 г. № 151. С. 360.

⁷ Документы внешней политики СССР. Т. 5: 1 января 1922 г. — 19 декабря 1922 г. С. 725.

⁸ См.: Письмо Торгового Представителя РСФСР в Германии Председателю Совета Народных Комиссаров РСФСР В.И. Ленину // Документы внешней политики СССР. Т. 5: 1 января 1922 г. — 19 декабря 1922 г. № 72. С. 123.

хозяйственных сношений с Востоком». От имени этого Общества Й. Вирт вел переговоры с Москвой, по результатам которых с правительством Республики Советов был подписан концессионный договор от 11 сентября 1923 г. на эксплуатацию ряда лесных участков, а также дополнительное соглашение от 12 сентября 1923 г. о достройке Мга-Рыбинской железной дороги с целью более эффективного их освоения. Все права по концессии отходили специально созданному «Мологскому лесопромышленному обществу».

Следует отметить, что на фоне политического и экономического сближения РСФСР и Германии переломным моментом в развитии концессионных отношений РСФСР с западными державами стало отклонение 6 октября 1922 г. Советом Народных Комиссаров предварительного концессионного договора с Русско-Азиатским Объединенным Обществом, возглавляемым предпринимателем Д.Л. Урквартом, эмигрировавшим в Великобританию из Российской империи после революционных событий 1917 года⁹.

Сама ситуация с предоставлением концессии на промышленные предприятия их бывшему собственнику носила реституционный характер. При этом текст предварительного договора, заключенного 9 сентября 1922 г., содержал достаточно обременительные для советской стороны условия. Так, например, заводы, расположенные в Кыштыме, Таналыке, Риддере и Экибастузе, передавались в эксплуатацию сроком на 99 лет¹⁰.

Британский правовед, специалист в области международного коммерческого арбитража В.В. Видер позднее предположил, что причиной отклонения В.И. Лениным условий предварительного договора стало нежелание давать основание другим концессионерам требовать компенсации за утрату имущества, которое было подвергнуто национализации (Veeder: 2005:107; Veeder, 2009).

Именно указанные условия, а также тот факт, что сам Д.Л. Уркварт принимал активное участие в организации иностранной интервенции на территорию РСФСР¹¹, и стали маркерами, определившими соответствующее решение, с принятием которого советское руководство окончательно отказывалось от признания концессии в качестве реституционного инструмента как способа удовлетворения претензий бывших собственников национализированных предприятий, что нашло отражение в дальнейшем в рамках процесса дипломатического признания Советского государства.

В конце 1922 г. в результате прихода к власти в Италии Бенито Муссолини дипломатическое представительство РСФСР в этой стране сообщало заместителю наркома иностранных дел М.М. Литвинову о прагматических настроениях итальянских коммерсантов относительно Советской России в свете возможного возвращения бывшей собственности в виде концессий¹². В связи с этим 7 февраля

⁹ Об отклонении предварительного договора, подписанного в Берлине гр. Л. Урквартом и Л. Б. Красиным: Декрет СНК РСФСР от 06.04.1922 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 62, ст. 1016.

¹⁰ Документы внешней политики СССР. Т. 5: 1 января 1922 г. — 19 декабря 1922. С. 757.

¹¹ Письмо Официального Представителя РСФСР в Великобритании Правительству РСФСР от 20.06.1921 г. // Документы внешней политики СССР. Т. 4: 19 марта 1921 г. — 31 декабря 1921 г. № 126. С. 183—186.

¹² См.: из письма Представителя РСФСР в Италии Заместителю Народного Комиссара Иностранных Дел РСФСР М. М. Литвинову от 19.11.1922 г. // Документы внешней политики СССР. М.: Госполитиздат, 1961. Т. 5: 1 января 1922 г. — 19 декабря 1922 г. № 321. С. 687—689.

1924 г. между СССР и Италией был заключен договор о торговле и мореплавании, содержащий специальный протокол, который устанавливал ограничительные условия передачи в концессию бывшей собственности итальянских граждан и организаций на территории СССР.¹³

Условия о взаимных правах наибольшего экономического благоприятствования, коммерческих и концессионных привилегиях содержались также в торговом соглашении, заключенном 15 марта 1924 г. между СССР и Швецией¹⁴ Кроме того, в соответствии с экономическим соглашением к Договору между СССР и Германией от 12 октября 1925 г. немецким соискателям концессий был предоставлен режим наибольшего благоприятствования при рассмотрении советской стороной конкретных предложений.¹⁵

Конституционный процесс создания союзного государства и «полоса признания» СССР со стороны европейских держав нашли отражение в правовой составляющей деятельности органов Советского государства за рубежом по привлечению инвестиций. Так, 17 марта 1925 г. Совет Народных Комиссаров утвердил Положение о концессионной комиссии при торгпредстве СССР во Франции¹⁶, которое стало базовым для заключения аналогичных документов с Германией, Великобританией, Италией, Японией и Швецией — странами¹⁷, с которыми Советский Союз тем или иным образом устанавливал дипломатические отношения.

Данные положения предоставляли концессионным комиссиям при торгпредствах полномочия по рассмотрению концессионных предложений, предложений об учреждении смешанных акционерных обществ, ходатайств о допущении в какой-либо форме к операциям на территории СССР, ведению непосредственных переговоров с соискателями концессий, выработке и подписанию предварительных проектов концессионных договоров с соискателями концессий с последующим их одобрением Главным концессионным комитетом при СНК СССР.

Таким образом, советское правительство использовало юридическую конструкцию концессий в качестве инструмента для прорыва дипломатической и внешнеэкономической блокады, сложившейся в результате Первой мировой войны, событий Октября 1917 г., последующей национализации предприятий с участием иностранного финансово-промышленного капитала. Одновременно с этим Советское

¹³ Договор о торговле и мореплавании между Союзом Советских Социалистических Республик и Италией от 07.02.1924 г. // Документы внешней политики СССР. М.: Госполитиздат, 1963. Т. 7: 1 января — 31 декабря 1924 г. № 39. С. 68—88.

¹⁴ п. 2 Торгового соглашения между Союзом Советских Социалистических Республик и Швецией от 15.03.1924 г. // Там же. № 75. С. 148.

¹⁵ ст. 40 Экономического соглашения к Договору между Союзом Советских Социалистических Республик и Германией от 12.10.1925 г. // Документы внешней политики СССР. М.: Госполитиздат, 1963. Т. 8: 1 января — 31 декабря 1925 г. № 342. С. 595.

¹⁶ Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР во Франции: Постановление СНК СССР от 17.03.1925 г. // СЗ СССР. 1925. № 21, ст. 139.

¹⁷ См.: 1) Постановление СНК СССР от 18.08.1925 г. «Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР в Германии» // СЗ СССР. 1925. № 58. ст. 438; 2) Постановление СНК СССР от 18.08.1925 г. «Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР в Великобритании» // СЗ СССР. 1925. № 58. ст. 439; 3) Постановление СНК СССР от 01.09.1925 г. «Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР в Италии» // СЗ СССР. 1925. № 64. ст. 472; 4) Постановление СНК СССР от 30.03.1926 г. «Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР в Японии» // СЗ СССР. 1926. № 29. ст. 182; 5) Постановление СНК СССР от 24.05.1928 г. «Положение о концессионной комиссии при торговом представительстве Союза ССР в Швеции» // СЗ СССР. 1928. № 33. ст. 296.

государство препятствовало использованию концессии в качестве орудия реституции бывшими собственниками предприятий и последовательно отстаивало национальные интересы.

Реализация экономических задач Советского государства посредством концессионной политики

Вряд ли можно считать оправданным рассмотрение концессионной политики Советского государства в рамках НЭПа, поскольку она решала далеко идущие задачи, связанные не только с внедрением частного сектора в экономику и частноправовых начал в регулирование социальных отношений, но и с преодолением внешнеполитической изоляции РСФСР, привлечением в разные сферы экономики передовых западных технологий, модернизацией производственных отношений, охватом посредством создания концессионных предприятий окраинных территорий бывшей Российской империи еще до образования СССР.

При формировании концессионной политики ее идеолог и вдохновитель В.И. Ленин исходил из интересов Советского государства, решавшего задачи построения социализма. Пережившая глубокие социальные потрясения страна, располагая обширными природными богатствами, не имела финансовых и технологических возможностей для их разработки и освоения, что заставляло прагматично использовать для развития социалистической экономики ресурсы ориентированных на получение прибыли частных иностранных компаний. Некоторые исследователи усматривают также репарационный характер в концессионных правоотношениях с участием Советского государства, возмещение в завуалированном виде ущерба западным странам по результатам Первой мировой войны, в которой Россия считалась проигравшей стороной, а также потерь иностранных собственников в результате национализации.

В рамках реализации концессионной политики советское государство, которому принадлежало право собственности на привлекательные в плане их эксплуатации объекты, уступало право на их использование частным иностранным компаниям на установленный срок (как правило, длительный) для осуществления деятельности на основе концессионных соглашений. Концессия как форма сотрудничества государства и зарубежных компаний позволяла привлечь значительные инвестиции и использовать передовые западные технологии для создания и развития важных объектов инфраструктуры в разных секторах социалистического народного хозяйства.

Противоречие заключалось в том, что, национализировав отечественную промышленность, стремясь избавиться от «класса эксплуататоров» в своей стране и ликвидировать причины, порождавшие эксплуатацию, правительство большевиков «открыло двери» для частного капитала из Европы и США. Насколько это вообще было возможно в обществе, строившем новую систему социальных отношений и ставившем во главу угла социальное равенство? В этом смысле концессионная политика вызывала непонимание и критику в адрес В.И. Ленина как ее идейного вдохновителя, причем даже со стороны его ближайших соратников.

Начало реализации концессионной политики было положено Декретом СНК от 23 ноября 1920 г. «Общие экономические и юридические условия концессий»¹⁸.

¹⁸ См.: Общие экономические и юридические условия концессий: Декрет СНК РСФСР от 23.11.1920 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1920. № 91, ст. 481.

В составленном лично В.И. Лениным и подписанном им как Председателем Совета Народных Комиссаров Декрете ставился вопрос «применения на тех или иных условиях иностранного капитала для использования естественных богатств обширных областей Р.С.Ф.С.Р.» и в самом общем виде очерчивались условия для создания концессий и заключения концессионных договоров «с солидными, заслуживающими доверие, иностранными промышленными обществами и организациями». Условия состояли в следующем: 1) предоставление концессионеру вознаграждения долей продукта с правом вывоза за границу; 2) торговые преимущества для концессионера в случае применения особых технических усовершенствований; 3) продолжительные сроки концессий для возмещения вложенных концессионером средств; 4) гарантии со стороны Советского государства в том, что имущество концессионера не будет подвергаться национализации, конфискации и реквизиции; 5) право концессионера нанимать рабочих и служащих на свои предприятия и использовать их труд в соответствии с Кодексом законов о труде РСФСР или специальным договором, предусматривающим соблюдением условий труда, охрану прав и здоровья работников; 6) обязательства со стороны советского правительства не изменять в одностороннем порядке своими декретами и распоряжениями условий концессионного договора.

Предельно краткий по содержанию Декрет, содержащий всего 6 пунктов, вполне отражал суть намеченной к проведению концессионной политики, а также правовые гарантии для западных инвесторов в рамках ее реализации. Декрет четко обозначил интересы государства, перед которым стояла цель восстановления и развития производительных сил России путем использования ее богатых природных ресурсов с привлечением иностранных капиталов и технологий из Европы и США. Руководство концессионной политикой возлагалось на возглавляемое В.И. Лениным советское правительство — Совет Народных Комиссаров.

Механизм реализации концессионной политики строился на том, что потенциальные концессионеры — иностранные компании, испытывали недостаток в сырьевых ресурсах в своих странах и при этом располагали свободными капиталами, которые могли быть вложены в развитие советской экономики. Нужно было предоставить гарантии западным инвесторам с целью вызвать у них необходимую степень доверия в части сохранения и приумножения их материальных ресурсов, вложенных в стране, где только что была проведена масштабная национализация земли, ее недр, лесов, промышленных предприятий и других объектов собственности.

Вопрос о привлечении иностранных частных компаний впервые остро встал в РСФСР в связи с реорганизацией отрасли нефтедобычи, в частности, по поводу использования нефтепромыслов в Баку и Грозном, разработка которых позволила Российской империи в начале XX в. выйти на первое место в мире по нефтедобыче¹⁹. Постановлением СНК РСФСР от 1 февраля 1921 г. была одобрена выдача концессий на нефтедобычу в Баку и Грозном²⁰, а Высшему Совету Народного Хозяйства

¹⁹ См.: Цевчинский А.И. «Меморандум по вопросу об обводнении месторождений нефти в Бакинском районе» от 09.02.1921 г. // Ленинский сборник / Ин-т Ленина при ЦК РКП(б). М.; Л.: Гос. изд-во. 1924—1985: Т. XX / под ред. В.В. Адоратского, В.М. Молотова, М.А. Савельева, В.Г. Сорина. М.: Партиздат. 1932. С. 132.

²⁰ Постановление СНК РСФСР о нефтяных концессиях в Баку и Грозном от 01.02.1921 г. П. «а» // Декреты Советской власти. Т. XIII. 1 февраля — 31 марта 1921 г. / Ин-т марксизма-ленинизма при ЦК КПСС, Ин-т истории СССР АН СССР. М.: Политиздат. 1989. С. 310.

поручалось в трехнедельный срок разработать условия эксплуатации нефтяных районов в концессионном порядке и представить соответствующий доклад в Совет Народных Комиссаров. Стоит отметить, что речь шла о передаче иностранным инвесторам в эксплуатацию объектов, находившихся за пределами территории РСФСР. Поэтому на партийном съезде пришлось провести специальное решение, подтверждающее Декрет о концессиях и распространяющее его и на создание концессий в Баку и Грозном.

Среди первых концессионных соглашений Советского государства — заключенный 21 июля 1921 г. договор о создании «Большого Северного Телеграфного общества». Речь шла о решении значимой для ряда стран технологической проблемы — эксплуатации телеграфных линий между Россией, Данией, Швецией, Финляндией, Китаем и Японией. В данном случае стояла задача возобновления концессии по управлению инфраструктурой связи, полученной датской компанией 21 августа 1869 г. еще от правительства Российской империи²¹.

Одновременно с европейским капиталом в РСФСР пришли и американские компании, одной из которых была «Эллайд драг энд кемикл», принадлежавшая Арманду Хаммеру, которому в середине 1921 г. удалось провести взаимовыгодную внешне-торговую сделку по обмену советской продукции и сырья на продовольствие из США (Hummer, 1988:51), по результатам сделки предприниматель из США получил от советского правительства дополнительные преференции в виде концессии на эксплуатацию асбестовых рудников на Урале, в районе Алапаевска²².

Особый порядок предоставления концессий и их правовой статус нашли отражение в принятом Всероссийским центральным исполнительным комитетом 31 октября 1922 г. Гражданском кодексе РСФСР, где говорилось, что предприятия, имеющие государственное значение, могут быть предметом частной собственности «не иначе, как на основании концессии, испрашиваемой у правительства»²³ (ст. 55 ГК СФСР).

При оценке регулирования концессионных отношений в советском праве нельзя обойти вопрос о правовом положении работников концессионных предприятий, труд которых не должен был подвергаться эксплуатации со стороны частного капитала. Исходя из задач, решаемых в рамках концессионной политики, Кодекс Законов о Труде РСФСР, принятый ВЦИК 9 ноября 1922 г., содержал положение о распространении системы социального страхования на работников концессионных предприятий (ст. 175 КЗОТ РСФСР)²⁴.

При создании концессий изначально предполагалось использование экономического потенциала не только РСФСР, но и других республик. «Выйти из трудного экономического положения советские республики могли, лишь объединив свои хозяйственные ресурсы и финансовые средства для наиболее рационального и планомерного использования» (Zlatopol'skii & Chistyakov, 1972:239). И эта линия

²¹ ПСЗ. Собр. 2-е. Т. 44. Отд. 2. № 47397.

²² См.: Концессионный договор на разработку асбестовых месторождения на Урале Американской Объединенной Компанией медикаментов и химических препаратов // Документы внешней политики СССР. Т. 4: 19 марта 1921 г. — 31 декабря 1921 г. № 286. С. 465—471.

²³ Постановление ВЦИК от 11.11.1922 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с «Гражданским кодексом Р.С.Ф.С.Р.») // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 71, ст. 904.

²⁴ Постановление ВЦИК от 09.11.1922 г. «О введении в действие Кодекса Законов о Труде Р.С.Ф.С.Р. Изд. 1922 г.» (вместе с «Кодексом Законов о Труде Р.С.Ф.С.Р.») // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70, ст. 903.

отчетливо прослеживается в период, предшествовавший образованию Союза ССР. Юридически было представлено так, что вновь образованные после распада Российской империи республики передавали Российской Советской Республике права и полномочия по распоряжению своими хозяйственными и финансовыми ресурсами. И.В. Сталин по этому поводу отмечал необходимость «объединить эти скудные средства для более рационального их использования и развития главных отраслей хозяйства, составляющих становой хребет Советской власти во всех республиках» (Stalin, 1922:145—146).

С учетом перспектив образования союзного государства, а также лидирующей роли РСФСР в этом объединительном процессе, показательны соглашения, заключенные между РСФСР и Хорезмской Советской Народной Республикой, а также между РСФСР и Бухарской Советской Республикой. Так, Союзный договор между РСФСР и Хорезмской Советской Народной Республикой от 13 сентября 1920 г. предусматривал, что «ХСНР обязуется не предоставлять права устройства промышленных, горных, земледельческих, транспортных и иных предприятий каким-либо другим государствам, кроме Советских Республик»²⁵ (ст. 20 Договора). В Экономическом соглашении между РСФСР и Бухарской Советской Республикой от 4 марта 1921 г.²⁶ содержалось положение о том, что концессии иностранным компаниям предоставляются БСР только по предварительному согласованию с РСФСР (ст. 11 Договора). Ограничивая право БСР на привлечение инвесторов и концессионеров из капиталистических стран, Договор предоставлял преимущественное право на создание промышленных и иных предприятий РСФСР или другим Советским Республикам (ст. 10 Договора).

Система органов РСФСР по руководству концессиями выстраивалась постепенно. Полномочия в этой сфере поначалу осуществлялись различными учреждениями и ведомствами Советского государства, действия которых не были согласованы между собой. Так, переговоры с потенциальными иностранными концессионерами вели Народный комиссариат иностранных дел и Народный комиссариат внешней торговли. Полномочия по выработке конкретных регулирующих документов возлагались на Концессионную комиссию при СНК РСФСР, а также на учрежденный 30 июня 1921 г. Концессионный комитет при ВСНХ РСФСР²⁷. Стоявшую остро проблему дублирования функций и полномочий государственных структур по руководству концессиями, попытались преодолеть, приняв 4 апреля 1922 г. Декрет СНК РСФСР «Об учреждении Главного Комитета по делам о концессиях и акционерных обществах при СТО»²⁸, возложив на этот орган обязанности по утверждению по рекомендациям СНК проектов концессий и уставов акционерных обществ.

С созданием Союза ССР правовое регулирование концессионных отношений выходит на новый уровень. Договором об образовании СССР от 30 декабря 1922 г.,

²⁵ Союзный договор между РСФСР и Хорезмской Советской Народной Республикой // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1921 г. М.: Управление делами Совнаркома СССР, 1944. С. 303—305.

²⁶ Экономическое соглашение между Российской Советской Федеративной Социалистической Республикой и Бухарской Советской Республикой // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1921 г. М.: Управление делами Совнаркома СССР, 1944. С. 968—970.

²⁷ ВСНХ — Высший Совет Народного Хозяйства.

²⁸ СТО — Совет Труда и Оборона.

объединившим четыре союзных республики — РСФСР, УССР, БССР и ЗСФСР²⁹, к ведению Союза ССР было отнесено «установление основ и общего плана всего народного хозяйства Союза, а также заключение концессионных договоров» (п. 3 ст. 1 Договора). Конституция СССР, принятая II Всесоюзным съездом Советов 31 января 1924 г.³⁰, относит к ведению верховных органов власти Союза ССР «заключение концессионных договоров, как общесоюзных, так и от имени союзных республик» (п. 3 ст. 1). Тем самым регулирование концессионных правоотношений в СССР стало осуществляться уже на конституционной основе и было отнесено к общесоюзной компетенции.

В целом концессионный механизм, реализуемый органами государственной власти на уровне Союза ССР и входивших в него союзных республик, включал стадии преддоговорной работы, заключения концессионных договоров и их реализации. Включенность в этот механизм руководящих органов Советского государства и регламентация его на конституционном уровне отчетливо демонстрируют его значимость.

В процессе формирования органов власти Союза ССР Декретом от 21 августа 1923 г.³¹ был образован Главный концессионный комитет при СНК СССР, который сосредоточил в своих руках всю деятельность, связанную с концессиями, на всем пространстве союзного государства. При СНК союзных республик и при отдельных наркоматах СССР создавались концессионные комиссии, действовавшие на основании издаваемых Главным концессионным комитетом директив, инструкций и распоряжений и под его полным контролем (ст. 5 и 6 Декрета). При этом окончательное утверждение концессионных договоров было отнесено к ведению СНК СССР (ст. 8 Декрета).

Одной из приоритетных сфер реализации концессионной политики было совершенствование городской инфраструктуры и городского коммунального хозяйства, на что был направлен Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 12 апреля 1923 г.³² Этот нормативный правовой акт предусматривал заключение концессионных договоров о сдаче городских коммунальных предприятий в концессию иностранным гражданам и организациям в гораздо более сложном порядке, чем советским. Проекты таких договоров в отношении потенциальных зарубежных концессионеров направлялись губернскими исполнительными комитетами в Народный Комиссариат Внутренних Дел, который со своим заключением переадресовывал их в Главный концессионный комитет (в некоторых случаях требовалось также заключение других заинтересованных центральных учреждений), далее проекты поступали на одобрение в Совет Народных Комиссаров. В случае принятия советским правительством положительного решения эти проекты вновь поступали в губернские (областные) исполкомы,

²⁹ Договор об образовании СССР от 30.12.1922 г. // I Съезд Советов Союза Советских Социалистических Республик (20 декабря 1922 г.): стенографический отчет. М.: Изд-во ВЦИК, 1922. Приложение 1. С. 8.

³⁰ Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик // Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1924. № 2, ст. 24.

³¹ Об учреждении Главного концессионного комитета при Совете Народных Комиссаров Союза Советских Социалистических Республик: Декрет СНК СССР от 21.08.1923 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1923. № 96, ст. 952.

³² О порядке сдачи губернскими (областными) исполнительными комитетами концессий на коммунальные предприятия: Декрет ВЦИК, СНК РСФСР от 12.04.1923 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1923. № 31, ст. 344.

которые заключали их от своего имени с концессионером и несли ответственность за их реализацию. Для сравнения — концессионные договоры в сфере коммунальных услуг с советскими гражданами и организациями не проходили столь сложную цепочку согласований и заключались между губернскими исполнительными комитетами и концессионерами.

При заключении концессионных соглашений неизменно действует принцип недопустимости одностороннего изменения их условий, что направлено на обеспечение гарантий прав и законных интересов частных инвесторов в их взаимоотношениях с публичным органом. В любом случае, в концессионном соглашении должны быть закреплены «гарантии прав частного инвестора как более слабой стороны в отношениях публично-частного партнерства» (Porondopulo, 2014:113). Эти гарантии в отношении значительной части западных концессионеров перестали выполняться в связи со сменой политического курса в конце 20-х годов. Внедрившийся по инициативе В.И. Ленина механизм концессионной политики с приходом к власти И.В. Сталина был свернут. На фоне утверждения административно-командной системы внутри страны, а также неблагоприятных явлений в мировой экономике общее число действующих в СССР концессий стало сокращаться. К концу 1928 г. реализовывалось всего 68 концессионных договоров (Gladkov, 1977:208). Несмотря на свертывание концессионной политики Советского государства в целом, деятельность отдельных концессий продолжалась. Так, вплоть до 1944 г. на Дальнем Востоке существовали концессии в угольной и нефтедобывающей промышленности с участием бизнеса из Японии, до 1946 г. продолжала действовать телеграфная концессия, представленная еще правительством Российской империи датской компании.

Рассмотренная в рамках настоящего исследования концессионная политика Советского государства, направленная на привлечение иностранного капитала в экономику, полностью подтверждает общую идеологическую установку большевиков относительно соотношения публичного и частного в государственно-правовом регулировании. «...Мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство, это — мы», — утверждал В.И. Ленин (Lenin, 1970:398). Этот тезис следует трактовать не в плане полного свертывания частнопровых форм и методов хозяйствования в Советской стране, а в плане превалирования публично-правовых элементов над частнопровыми.

Заключение

Концессионная политика РСФСР и СССР, в ходе реализации которой активно использовались финансовые ресурсы и технологические достижения западных стран, отражает соотношение интересов: 1) Советского государства, решавшего одновременно задачи преодоления внешнеполитической изоляции, восстановления производительных сил и создания социалистической экономики; 2) иностранных компаний, ориентированных на выгодное вложение свободных капиталов в разработку богатых сырьевых ресурсов советской страны; 3) работников концессионных предприятий, которым обеспечивались условия труда и уровень жизни и не ниже, чем на Западе, при соблюдении норм советского трудового законодательства. Сочетание этих интересов в ходе реализации концессионной политики Советского государства давало синергетический эффект, способствуя подъему экономики и выходу народного хозяйства на новый уровень.

В свою очередь, ради использования материальных ресурсов и получения прибыли предприниматели и инвесторы из США и Европы охотно шли на сотрудничество с государством, в котором утвердились социалистическая экономическая система и советский государственный строй и перед которым его лидеры ставили задачи «экспорта социализма» в другие страны и победы «мировой революции», чему также должна была способствовать концессионная политика.

Концессионная политика активно использовалась для преодоления внешнеполитической изоляции страны победившего социализма и выхода ее из дипломатической блокады. При анализе доктринальных подходов и практики создания концессий в РСФСР и СССР подчас сложно отделить экономику от внешней политики, настолько все было взаимосвязано.

Незамедлительного решения требовал вопрос о «перешедших по наследству» к Советскому государству концессионных обязательствах Российской империи, многие из которых нельзя было прекратить в одностороннем порядке.

В случае использования на концессионной основе богатых природных ресурсов Советской России и привлечения в ее промышленность и сельское хозяйство капиталов и передовых технологий из США и Европы открывались большие возможности для восстановления и развития истощенной внутренними и внешними потрясениями страны.

Создавая предприятия на концессионной основе, советское правительство ставило перед иностранными инвесторами требования по обеспечению таких же, как в Европе и США, условий труда и быта работников этих предприятий, которые само на тот момент не было в состоянии обеспечить. Тем самым шло создание перспективных моделей организации труда для советской экономики, которые потом должны были внедряться повсеместно.

References / Список литературы

- Bernshtein, I.N. (1930) *Essay on the concession law of the USSR*. Reichel, M.O. (ed.). Moscow-Leningrad, Gosizdat Publ. (in Russian).
Бернштейн И.Н. Очерк концессионного права СССР / под ред. М.О. Рейхель. М-Л.: Госиздат, 1930. 128 с.
- Bulatov, V.V. (2011) *Concession relations in the USSR: monograph*. Volgograd, VolgGU Publ. (in Russian).
Булатов В.В. Концессионные отношения в СССР: монография. Волгоград, ВолГУ, 2011. 220 с.
- Butkovsky, V.P. (1928) *Foreign concessions in the national economy of the USSR*. Moscow, State Publishing. (in Russian).
Бутковский В.П. Иностранные концессии в народном хозяйстве С.С.С.Р. М.: Государственное изд-во. 1928. 123 с.
- Gladkov, I.A. (ed.) (1977) *The History of the Socialist Economy of the USSR in seven Vols*. Vol. 3. Building the foundation of the socialist economy in the USSR, 1926—1932. Moscow, Nauka Publ. (in Russian).
История социалистической экономики СССР: в 7 томах. Т. 3: Создание фундамента социалистической экономики в СССР. 1926—1932 гг. / под ред. И.А. Гладкова. М.: Наука, 1976—1980 гг. Т. 3. 1977. 536 с.
- Hummer, A. (1988) *My century is the twentieth. Paths and meetings*. Moscow, Progress Publ. (in Russian).
Хаммер А. Мой век — двадцатый. Пути и встречи / пер. с англ. Г. Салливан. М.: Прогресс, 1988. 301 с.

- Ioffe, A.A. (1927) Results and prospects of concession policy and practice of the USSR. *Planovoe khozyaistvo*. (1). 75—87. (in Russian).
Иоффе А.А. Итоги и перспективы концессионной политики и практики СССР // Плановое хозяйство. 1927. № 1. С. 75—87.
- Kissinger, H. (1994) *Diplomacy*. New York, Simon & Schuster.
- Kurys', N.V. (2003) *Foreign Investments: Russian History (Legal Study)*. Saint Petersburg, Legal Center Press Publ. (in Russian).
Курьсь Н.В. Иностраннные инвестиции: Российская история (правовое исследование). СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 219 с.
- Kurys', N.V. & Tishchenko, S.G. (2011) *Concession law of the USSR: history, theory, factors of influence*. Saint Petersburg, Law Center-Press Publ. (in Russian).
Курьсь Н.В., Тищенко С.Г. Концессионное право Союза ССР: история, теория, факторы влияния. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2011. 263 с.
- Landau, B.A. (1925) *Concession law of the USSR: With collection of existing laws on the procedure for granting concessions*. Moscow, Pravo i zhizn' Publ. (in Russian).
Ландау Б.А. Концессионное право Союза ССР: С прил. действующих законов о порядке предоставления концессий. М.: Право и жизнь, 1925. 74 с.
- Lenin, V.I. (1970) *On the tasks of the People's Commissariat of Justice in the context of the New economic policy. Letter to Kursky D.I.* The Complete Works. 5th edition. Vol. 44 (June 1921 — March 1922). Moscow, Politizdat Publ. (in Russian).
Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях Новой экономической политики. Письмо Д.И. Курскому // Полное собрание сочинений. 5-е изд. Т. 44 (июнь 1921 — март 1922). М.: Политиздат. 1970. 726 с.
- Popondopulo, V.F. (2014) PPP — concept, meaning, legal framework. In: Gritsenko, E.V. (ed.). *Public-private partnership in the municipal sphere: German and Russian experience*. Collective monograph. Moscow, Infotropic Media Publ. (in Russian).
Попондопуло В.Ф. ПЧП — понятие, значение, правовые рамки // Публично-частное партнерство в муниципальной сфере: Германский и Российский опыт / коллективная монография. М.: Инфотропик Медиа, 2014. 456 с.
- Radek, K.B. (1923) *Foreign policy of Soviet Russia*. Moscow, Petrograd, Gosizdat Publ. (in Russian).
Радек К.Б. Внешняя политика Советской России. М.: Петроград: Госиздат. 1923. 112 с.
- Stalin, I.V. (1947) *On the unification of the Soviet Republics: Report at the X All-Russian Congress of Soviets December 26, 1922*. Essays. Vol. 5. Moscow, OGIZ Publ. (in Russian).
Сталин И.В. Об объединении советских республик: Доклад на X Всероссийском съезде Советов 26 декабря 1922 г. // Сочинения. Т. 5. М.: ОГИЗ. 1947. 446 с.
- Sutton, A.C. (1970) *Western Technology and Soviet Economic Development 1917 to 1930*. Stanford (California, USA): Stanford University. 381 p.
- Veeder, V.V. (2005) Soviet-American arbitration process of Harriman: Lloyd George, Lenin and cannibals. *International Commercial Arbitration Review*. 2(6), 92—108. (in Russian).
Ведер В.В. Советско-американский арбитражный процесс Гарримана: Ллойд Джордж, Ленин и Каннибалы // Вестник международного коммерческого арбитража. 2005. № 2 (6). С. 92—108.
- Veeder, V.V. (2009) Chancellor Wirth and the Mologoles Concession» 1923—1927: the German-speaking Origins of the ICSID Convention. In: Christina Binder et al. (eds.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford, Oxford Academic. Pp. 377—400. Doi: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199571345.003.0021>
- Winkler, G.A. (2013) *Weimar, 1918—1933: The History of the first German Democracy*. Moscow, ROSSPAN Publ. (in Russian).
Винклер Г.А. Веймар, 1918-1933: история первой немецкой демократии / пер. с нем. Е. Земсковой, А.И. Савина, под общ. ред. А.И. Савина. М.: РОССПЭН, 2013. 876 с.

Zlatopol'skii, D.L. & Chistyakov, O.I. (1972) *Formation of the USSR*. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).

Златопольский Д.Л., Чистяков О.И. Образование Союза ССР. М.: Юридическая литература. 1972. 319 с.

Сведения об авторах:

Немытина Марина Викторовна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры публичной политики и истории государства и права, юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-7132-0648; SPIN-код: 5956-1160

e-mail: nemytina-mv@rudn.ru

Краснов Алексей Борисович — старший юрисконсульт, юридический отдел, Международная межправительственная организация Объединенный институт ядерных исследований (ОИЯИ); Российская Федерация, 141980, Московская область, г. Дубна, ул. Жолио-Кюри, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-3357-7338; SPIN-код: 9270-9845

e-mail: krasnov@jinr.ru

About the authors:

Marina Nemytina — Doctor of Legal Sciences, Full Professor of the Department of Public Politics and History of State and Law, Law Institute, Law Institute, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-7132-0648; SPIN-код: 5956-1160

e-mail: nemytina-mv@rudn.ru

Alexey Krasnov — Senior legal adviser, Legal department, International Intergovernmental Organization Joint Institute for Nuclear Research (JINR); 6, Joliot-Curie str., Dubna, Moscow region, 141980, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-3357-7338; SPIN-code: 9270-9845

e-mail: krasnov@jinr.ru

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

CONSTITUTIONAL AND MUNICIPAL LAW

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-338-353>
EDN: RUAJLK

Научная статья / Research Article

Делегированное нормотворчество Центральной избирательной комиссии России

А.И. Лопатин¹✉, А.И. Малкаров²

¹Центральная избирательная комиссия Российской Федерации,
г. Москва, Российская Федерация

²Министерство юстиции Российской Федерации, г. Москва, Российская Федерация
✉lopatin@cikrf.ru

Аннотация. Проблема систематизации законодательства актуальна, и задача по ее решению является частью государственной правовой политики. При этом решение вышеназванной задачи невозможно в отрыве от исследования целого ряда вопросов, затрагивающих как теоретическую, так и практическую сторону правотворческой и правоприменительной деятельности. Например, одним из таких ключевых вопросов является иерархия нормативных правовых актов, в том числе издаваемых государственными органами Российской Федерации. Дискуссионным является вопрос о наличии нормотворческих полномочий у тех или иных государственных органов. Рассмотрены практики реализации института делегированного законодательства в Российской Федерации, на примере делегированного нормотворчества Центральной избирательной комиссии (ЦИК) Российской Федерации. Последовательно исследованы вопросы о конституционно-правовом статусе ЦИК России, в том числе касающиеся ей нормотворческих полномочий. Обозначены различные точки зрения, существующие в научной среде по этой проблематике. Нормотворческие полномочия являются неотъемлемыми атрибутивными свойствами конституционно-правового статуса ЦИК России. Исходя из поставленных задач, исследуются вопросы форм нормативных правовых актов ЦИК России, как источников конституционного права. Авторами обозначена необходимость в диверсификации актов, издаваемых ЦИК России в рамках исполнения своих непосредственных полномочий, с актами, издаваемыми в рамках делегированного нормотворчества. Отдельное внимание обращено на нормативно-правовое регулирование относительно новой избирательной процедуры — дистанционного электронного голосования. Учитывая

© Лопатин А.И., Малкаров А.И., 2023



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

колоссальную значимость для государства и его обязанность по обеспечению прозрачности и легитимности при проведении электоральных процедур, объяснимо, что их законодательное регулирование должно быть адекватно уровню решаемых задач. Авторы полагают, что акты делегированного нормотворчества, при условии соблюдения определенных ограничений и требований, отвечают заданным характеристикам. Методическую и методологическую базу исследования составили диалектический метод, а также методы анализа, синтеза и аналогии, а также формально-юридический и сравнительно-правовой.

Ключевые слова: Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, делегированное законодательство, делегированное нормотворчество, дистанционное электронное голосование, нормативные правовые акты ЦИК РФ, систематизация законодательства, «твердое» конституционное право, «мягкое» конституционное право

Конфликт интересов: Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: *А.И. Лопатин* — общая концепция статьи; аннотация; анализ нормативных актов ЦИК России в сфере регулирования дистанционного электронного голосования, как актов делегированного нормотворчества; выводы; общая редакция; *А.И. Малкаров* — общая концепция статьи; конституционно-правовой статус Центральной избирательной комиссии Российской Федерации; рассмотрение актов ЦИК России в системе источников конституционного права; выводы; список литературы.

Дата поступления в редакцию: 06 декабря 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 января 2023 г.

Для цитирования:

Лопатин А.И., Малкаров А.И. Делегированное нормотворчество Центральной избирательной комиссии России // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 338—353. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-338-353>

Delegated rulemaking by the Central Election Commission of Russia

Anton I. Lopatin¹✉, Akhmat I. Malkarov²

¹Central Election Commission of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

²Ministry of Justice of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

✉lopatin@cikrf.ru

Abstract. The issue of systematization of legislation is quite relevant and the task of solving it is part of the state legal policy. At the same time, the solution of the above problem is impossible in isolation from the study of a number of issues affecting both the theoretical and practical aspects of lawmaking and law enforcement activities. For example, one of these key issues is the hierarchy of normative legal acts, including those issued by state bodies of the Russian Federation. The issue of standard-setting powers of certain state bodies is quite controversial. The article investigates the practice of implementing the institution of delegated legislation in the Russian Federation on the example of the practice of delegated rulemaking of the Central Election Commission (CEC) of Russia. The study consistently considers issues of the constitutional and legal status of the Central Election Commission of the Russian Federation, including regulatory powers related to it. Various points of view relevant to the scientific community on this issue have been outlined. At the same time, the authors proceed from understanding that rulemaking powers are integral attribute properties of the constitutional and legal status of the CEC of Russia. Based on the tasks set, the issues of the forms of regulatory legal acts of the CEC of Russia as sources of constitutional law are investigated. The authors indicate the need to diversify acts issued by the CEC of Russia within the framework of exercising its direct powers, with acts issued within the framework of delegated rulemaking. In this regard, special attention is paid to legal regulation regarding the new electoral procedure - remote electronic voting. Given the enormous importance for the state and

its obligation to ensure transparency and legitimacy in electoral procedures, it is clear that their legislative regulation should be adequate to the level of tasks to be solved. At the same time, the authors believe that acts of delegated rulemaking, subject to certain restrictions and requirements, meet the specified characteristics. The methodological basis of the study includes the dialectical method, methods of analysis, synthesis and analogy, as well as formal-legal and comparative legal methods.

Key words: Central Election Commission of the Russian Federation, delegated rulemaking, remote electronic voting, normative legal acts of the CEC of the RF, systematization of legislation, “hard” constitutional law, “soft” constitutional law

Conflict of interest. The authors declare no conflict of interest.

Authors’ Contribution. *A.I. Lopatin* — general concept of the article; abstract; analysis of the regulations of the CEC of Russia in the field of regulation of remote electronic voting as acts of delegated rulemaking; findings; general edition; *A.I. Malkarov* — general concept of the article; constitutional and legal status of the Central Election Commission of the Russian Federation; consideration of acts of the CEC of Russia in the system of sources of constitutional law; findings; bibliography.

Article received 06th December 2022

Article accepted 15th January 2023

For citation:

Lopatin, A.I., Malkarov, A.I. (2023) Delegated rulemaking by the Central Election Commission of Russia. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 338—353. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-338-353>

Введение

Существующие проблемы в сфере систематизации законодательства отмечены в паспорте государственной программы «Юстиция», к стратегическим приоритетам, которой, например, отнесено создание единого государственного информационного ресурса оцифрованных нормативных правовых актов¹. В дополнение к этому было издано распоряжение Президента Российской Федерации от 1 июля 2022 г. № 202-рп «О межведомственной рабочей группе по разработке проекта государственной программы по систематизации правовых актов органов публичной власти всех уровней».² Как известно, государственные программы являются документами стратегического планирования, в связи с этим становится очевидным, что систематизация законодательства отнесена к стратегическим задачам государства. Однако ее решению должна предшествовать выработка неких общепризнанных компромиссных доктринальных представлений об иерархии источников отечественного права и субъектах, наделенных нормотворческими полномочиями.

Безусловно, проблема нормотворческой деятельности Центральной избирательной комиссии Российской Федерации (ЦИК России) является составной частью этой более широкой проблемы и при этом все чаще становится объектом исследования отечественных правоведов. Столь пристальное внимание именно к деятельности ЦИК России объяснимо, поскольку сфера электорального законодательства — одна из важнейших с точки зрения построения демократического правового государства,

¹ См. подробнее: Постановление Правительства Российской Федерации от 15.04.2014 г. № 312 «Об утверждении государственной программы «Юстиция» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 18 (ч. II), ст. 2158.

² См. подробнее: Распоряжение Президента Российской Федерации от 01.07.2022 г. № 202-рп «О межведомственной рабочей группе по разработке проекта государственной программы по систематизации правовых актов органов публичной власти всех уровней» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 27, ст. 4825.

так как именно в процессе выборов происходит передача власти органам государственной власти и выборным должностным лицам (Ebzeev, 2019b:474; Luchin, Ebzeev & Khazov, et al. 2019). Центральная избирательная комиссия Российской Федерации выступает тем самым посредником, обеспечивающим и организующим делегацию права на участие в осуществлении государственной власти от народа непосредственно к лицам, наделяемым представительными полномочиями. Исходя из этой важнейшей конституционной функции, возложенной на комиссию, а также учитывая планомерное становление и развитие отечественных институтов плюралистической демократии, статус ЦИК России в единой системе публичной власти возрастает, что выражается, например, в тенденции к расширению полномочий на осуществление не только правоприменительной, но и правотворческой функции, в том числе в форме делегированного нормотворчества.

В то же время у отечественных правоведов встречаются довольно противоречивые точки зрения на наличие у Центральной избирательной комиссии Российской Федерации полномочий на издание нормативных правовых актов. Так, некоторые авторы указывают, что «фактически Центральная избирательная комиссия РФ инструкции, иные нормативные установления (решения) по вопросам применения федерального законодательства утверждает нормативным правовым актом в виде постановления, что ей не предоставлено федеральным законом» (Dogadailo & Gorlachev, 2018). Другие авторы также подчеркивают неопределенность статуса инструкций ЦИК России (Artemova & Romanovskaya, 2017).

Вышеназванная позиция представляется спорной как с точки зрения законодательного закрепления, так и с точки зрения существующих теоретических представлений, но объяснима по ряду причин. Следует отметить, что в отечественной юридической науке неоднократно обращалось внимание на необходимость принятия федерального закона, которым предполагалось закрепить иерархию и систему нормативных правовых актов в Российской Федерации. На сегодняшний день в отечественном законодательстве (КАС РФ, АПК РФ) закреплены такие термины, как нормативный правовой акт и акт, содержащий разъяснения законодательства и обладающий нормативными свойствами. При этом признаки, характеризующие каждый из названных актов, закреплены в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами»³.

Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации было подготовлено несколько редакций проекта федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», однако в настоящий момент он не принят⁴. К одним из главных достоинств вышеназванного проекта стоит отнести установление конкретных дефиниций, определяющих такие понятия, как правовой акт, нормативные правовые акты Российской Федерации, под которыми понимаются не только нормативные правовые акты Президента

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» // СПС Консультант Плюс.

⁴ См. подробнее: Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект). М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013. 70 с.

Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, федеральных органов исполнительной власти, но и нормативные правовые акты Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, Центрального банка Российской Федерации и иных государственных органов. Кроме того, проектом федерального закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации» предлагалось установить формы, в которых эти нормативные правовые акты могут приниматься, что чрезвычайно важно с точки зрения систематизации законодательства и обеспечения единства правового пространства.

Дело в том, что исходя из сложившейся практики буквального толкования норм законодательства принято считать, что правом издавать нормативные правовые акты наделены исключительно органы государственной власти, в то время как государственные органы издают нормативные акты, при этом принципиальное различие между этими актами законодательно не установлено. Вместе с тем существующая правовая неопределенность создает условия для существования различных точек зрения в отношении наличия у федеральных государственных органов, в том числе у Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, нормотворческих полномочий. В связи с этим видится целесообразным детальнее рассмотреть правовой статус Центральной избирательной комиссии, который также является дискуссионным в юридической науке.

Конституционно-правовой статус ЦИК России

Если разобраться в указанном вопросе, следует отметить, что нормотворческие полномочия ЦИК России закреплены в различных законодательных актах. Так, Федеральным законом «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» установлено, что Центральная избирательная комиссия в пределах своей компетенции вправе издавать инструкции по вопросам единообразного применения, обязательные для исполнения. Кроме того, согласно части 4 статьи 30 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации», части 3 статьи 19 Федерального закона «О выборах Президента Российской Федерации», части 3 статьи 27 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» установлено, что ЦИК России принимает инструкции и *иные нормативные акты* по вопросам единообразного применения вышеназванных законов.

Основной причиной неопределенности правового статуса комиссии выступает узкое понимание некоторыми авторами конституционно-правового принципа разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную, и невозможность в связи с этим отнести Центральную избирательную комиссию ни к одной из них. Кроме того, сторонники данного подхода отмечают, что в статье 11 Конституции Российской Федерации представлен закрытый перечень субъектов, наделенных государственно-властными полномочиями, а, следовательно, имеющими компетенцию на издание нормативных правовых актов. Учитывая, что ЦИК России среди них не значится, то делается вывод о том, что комиссия не обладает соответствующими полномочиями для осуществления нормотворческой деятельности.

Как известно, Центральная избирательная комиссия Российской Федерации является федеральным государственным органом, организующим подготовку и проведение выборов, референдумов в Российской Федерации в соответствии с компетенцией, установленной Федеральным законом «Об основных гарантиях

избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и иными федеральными законами⁵. Несмотря на отсутствие прямого указания в Конституции Российской Федерации, по своей природе Центральная избирательная комиссия является конституционным органом, который выполняет конституционно-значимые функции. Как справедливо утверждают Б.С. Эбзеев и В.Е. Чуров: «...организация подготовки и проведения выборов — самостоятельная сфера государственно-властной деятельности» (Churov & Ebzeev, 2011). Такая точка зрения в полной мере отражает сложившуюся действительность, поскольку развитие демократических институтов, эволюция представлений о правовом государстве, а вместе с ним и расширение сферы общественных отношений, охватываемых нормами электорального законодательства, требуют систематической последовательной работы, которая не ограничивается исключительно единым днем голосования. Из самих основ конституционного строя Российской Федерации, а именно закрепляющих федеративное устройство, проистекает необходимость в управлении избирательным процессом на различных уровнях, а управление не возможно в условиях отсутствия государственно-властных полномочий.

Избирательный процесс и процедура референдума представляют собой сложные многоаспектные процедуры, в которых задействованы и участвуют многие другие субъекты, в том числе государственных органы: «Однако именно ЦИК России занимает доминирующее положение в системе институтов, обеспечивающих организацию подготовки и проведения свободных выборов и референдума как высшего непосредственного выражения власти народа, он независим и самостоятелен в своей деятельности» (Churov & Ebzeev, 2011). Здесь представляется уместным провести небольшое сравнение. Дело в том, что управление избирательным процессом в каждом демократическом государстве имеет свою специфику. В большинстве из них создаются различные комиссии, обладающие разной полнотой полномочий, но встречаются и примеры, где управление избирательным процессом отдано на откуп исполнительной власти. В частности, во Франции данный вопрос отнесен к компетенции Правительства и Конституционного совета, а в ФРГ важнейшую роль играет Министерство внутренних дел.

Как было сказано выше, государственно-властные полномочия Центральной избирательной комиссии Российской Федерации в сфере организация подготовки и проведения голосования достаточно обширны. Причем затрагивают самые разные сферы государственного управления. Так, исходя из положений части 9 статьи 21 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» можно говорить о функциях в сфере технического регулирования и юридического их закрепления. Это касается как вопросов организации разработки и утверждения нормативов технологического оборудования (кабины для голосования, ящики для голосования) для участковых комиссий, так и внедрения, эксплуатация и развития различных автоматизированных систем⁶. Важной частью является методическая и образовательная деятельность.

⁵ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

⁶ См. подробнее: Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

Отдельно стоит отметить, что ЦИК России наделен широким спектром контрольных и правозащитных функций, выражающихся в закреплении за комиссией полномочий по осуществлению контроля за соблюдением избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации; рассмотрению жалоб (заявлений) на решения и действия (бездействия) нижестоящих комиссий и принятию по указанным жалобам (заявлениям) мотивированные решения⁷.

Как видно из приведенных примеров, во-первых, ЦИК России обладает законодательно закрепленными государственно-властными полномочиями, позволяющими комиссии в пределах, установленных Конституцией Российской Федерации и соответствующими законами, принимать нормативные акты, которые способствуют осуществлению государственного управления в сфере электоральных процедур. Во-вторых, общественные отношения, возникающие в процессе организации, подготовки и проведения голосования, включают множество субъектов, выступающих в различных статусах. Учитывая специфическую сферу их взаимодействия, требуется детальная регламентация допустимого поведения и действий, которые не должны нарушать основополагающие конституционные принципы организации и проведения голосования. В-третьих, от лиц, ответственных за организацию и проведение процедуры голосования, требуется высокий уровень профессиональных навыков и знаний. Именно от компетенции указанных лиц во многом зависит достоверность выражения воли народа, а, следовательно, и будет определяться легитимность власти на каждый следующий электоральный цикл. Таким образом, выделение государственного управления избирательным процессом в отдельную обособленную сферу государственного администрирования представляется справедливым, отвечающим как основам конституционного строя, так и принципам рационального устройства государственного управления.

Рассматривая далее вопрос о статусе Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, следует обратиться к проблеме разграничения таких терминов, как «государственный орган» и «орган государственной власти». По мнению А.М. Осавелюка «разница между двумя указанными терминами определяется тем, насколько общей является характеристика конкретного органа, его функции и полномочия. В зависимости от их сочетания конкретный государственный орган может быть органом государственной власти, органом государственной власти с особым статусом или вспомогательным государственным органом» (Osavelyuk, 2017). Автор полагает, что: «...государственный орган — это самостоятельное звено государственного аппарата (гражданин или организованный коллектив граждан), наделенный государственно-властными или иными полномочиями, уполномоченный государством и обществом на осуществление его задач и функций и действующий в установленном государством порядке» (Osavelyuk, 2017). Исходя из этого предлагается государственные органы разделить на две группы: органы, имеющие государственно-властные полномочия, а именно органы государственной власти и органы государственной власти с особым статусом, и органы, не имеющие их — вспомогательные органы (Osavelyuk, 2017). Таким образом, Центральную избирательную комиссию следует отнести к органам государственной власти с особым статусом, который наделен государственно-властными полномочиями.

⁷ См. подробнее: Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

Делегированное нормотворчество ЦИК России

Как было сказано выше, ЦИК России является федеральным государственным органом, организующим подготовку и проведение выборов, референдумов в Российской Федерации⁸. При этом из статьи 3 Конституции Российской Федерации следует, что высшим непосредственным выражением власти народа являются *референдум и свободные выборы*. В связи с этим именно на ЦИК России возлагается важнейшая функция по обеспечению легитимности государственной власти, так как только максимально прозрачная и детально регламентированная процедура выборов способна обеспечить доверие граждан к их результатам.

По мнению И.Г. Чистобородова, «государственно-властное управляющее воздействие, оказываемое основным субъектом государственного управления избирательным процессом направлено прежде всего на беспрепятственную реализацию избирательных прав граждан» (Chistoborodov, 2016). Значимость достижения названных условий особенно возрастает в связи с появлением новых форм осуществления голосования. На фоне стремительных изменений окружающего мира, движущегося в сторону всепоглощающей цифровизации, а также тех новых вызовов, которые природа бросает человечеству в виде разных катаклизмов и пандемий, возникают потребности в совершенствовании электоральных процедур, а вместе с ними и работы избирательных комиссий. В связи с этим в отечественное избирательное законодательство было внесено несколько новелл. Речь, например, идет о цифровизации избирательных процедур, выраженной в применении дистанционного электронного голосования, а также внедрении механизма многодневного голосования, процедуры видеонаблюдения на выборах и так далее. При этом обращает на себя внимание тот факт, что российский парламент, законодательно внедрив указанные выше процедуры, лишь рамочно закрепил основные принципы и требования к ним, делегировав Центральной избирательной комиссии полномочия по их нормативно-правовой детализации и регламентации.

Проанализировав действующее законодательство, довольно легко найти подтверждение тому, что это является именно делегацией законодательных полномочий. Так, если сравнить нормативно-правовое закрепление процедур очного и дистанционного электронного голосования, то можно заметить, что в первом случае процедура урегулирована нормами федеральных законов. Так, в главе IX Федерального закона от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации», а также в главе X Федерального закона от 22 февраля 2014 г. № 20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» детально регламентируется процедура голосования, а именно устанавливаются: требования к помещению, в котором проводится голосование, а также к его оформлению информационными стендами, требования к избирательным бюллетеням, порядок голосования, процедуры досрочного голосования и голосования вне помещений для голосования и т.д. Во втором же случае законодатель в части 9 статьи 64.1 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»

⁸ См. подробнее: Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

установил, что при проведении выборов в федеральные органы государственной власти, референдума Российской Федерации порядок дистанционного электронного голосования утверждается Центральной избирательной комиссией Российской Федерации⁹.

При этом равнозначность указанных форм голосования не вызывает сомнений, поскольку их содержание едино. Если проводить аналогию, допустимо сказать, что книга может быть печатной или электронной по форме, но при этом ее сущность остается неизменной. В связи с этим каждая из форм голосования нацелена на обеспечение реализации достоверности волеизъявления народа, реализацию конституционных прав граждан на участие в управлении государством, реализацию их избирательных прав. Учитывая равную юридическую значимость указанных форм голосования, следует сделать вывод, что их нормативно-правовая регламентация должна закрепляться актами равной юридической силы. Следовательно, законодатель, делегировав соответствующие полномочия ЦИК России, признает в данном конкретном случае право комиссии издать нормативный правовой акт, имеющий юридическую силу равную федеральному закону.

В отечественной и зарубежной юридической науке неоднократно обозначались критерии, которым должны соответствовать акты делегированного нормотворчества (Chervonuk & Yakadin, 2014). Следует отметить, что в зарубежных государствах институт делегированного законодательства имеет более продолжительную историю, но везде имеет собственную специфику. Например, во Франции этот правовой механизм закреплен конституционно.

Для российской правовой практики он является на сегодняшний день не столь обыденным. Однако, исходя из доктрины, можно сказать, что основным юридическим фактом, порождающим возникновение условий для издания акта делегированного нормотворчества, является закон, принимаемый парламентом и устанавливающий определенные критерии, которым акт делегированного нормотворчества должен соответствовать. К таким критериями относят: четко определенную сферу общественных отношений, подпадающих под регулирующее воздействие издаваемого акта; цели и период действия акта делегированного нормотворчества; закрепление процедуры контроля законодательным органом за этими актами.

Учитывая вышесказанное, можно сделать вывод о том, что постановление ЦИК России от 08.06.2022 № 86/718-8, которым на основании части 9 статьи 63.1 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» утверждено «Положение об особенностях голосования, установления итогов голосования в случае принятия решения о проведении голосования на выборах, референдумах в течение нескольких дней подряд», является актом делегированного нормотворчества ЦИК России. Кроме того, дополнительным доказательством данного утверждения может выступать норма, закрепленная в части 13 статьи 63.1 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», где сказано, что *порядок* дистанционного электронного голосования с учетом *требований* к проведению дистанционного электронного голосования,

⁹ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

установленных Центральной избирательной комиссией Российской Федерации, должен содержать:

1) порядок и сроки подачи заявления об участии в дистанционном электронном голосовании и его отзыва, составления и использования списка участников дистанционного электронного голосования либо условия участия в дистанционном электронном голосовании без подачи такого заявления и порядок составления и использования списка принявших участие в дистанционном электронном голосовании;

2) порядок аутентификации и идентификации избирателя, участника референдума для участия в дистанционном электронном голосовании, предусматривающий проверку данных избирателя, участника референдума и их сопоставление с данными регистра избирателей, участников референдума;

3) порядок участия в дистанционном электронном голосовании избирателя, участника референдума;

4) порядок обеспечения возможности наблюдения при организации, осуществлении дистанционного электронного голосования и установлении его итогов с учетом особенностей такого голосования, а также порядок назначения наблюдателей;

5) порядок установления итогов дистанционного электронного голосования и их учета при определении результатов выборов, референдума.¹⁰

В данном случае мы можем наблюдать наличие элементов, присущих делегированному нормотворчеству. Во-первых, федеральный законодатель, установив возможность проведения дистанционного электронного голосования, рамочно определил его основные существенные черты и делегировал полномочия по более детальному нормативно-правовому регулированию и регламентированию данной процедуры Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. Во-вторых, федеральный законодатель делегировал указанное правомочие исключительно Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, которая является федеральным государственным органом, организующим подготовку и проведение выборов, референдумов в Российской Федерации. В-третьих, та часть нормотворческих полномочий, которую делегант передал делегату, имеет четко определенный круг вопросов, а именно организация дистанционного электронного голосования.

Несколько неопределенным остается вопрос контроля за актами делегированного нормотворчества. Исходя из теоретических конструкций, указанный контроль должен осуществлять делегант полномочий. В статье 6 Федерального закона от 07.05.2013 № 77-ФЗ «О парламентском контроле» установлено, что палаты Федерального Собрания Российской Федерации в порядке, определяемом регламентами палат, осуществляют контроль за обеспечением соблюдения Правительством Российской Федерации и федеральными органами исполнительной власти установленных сроков принятия нормативных правовых актов, разработка и принятие которых предусмотрены федеральными законами, а также за полнотой регулирования соответствующих правоотношений в целях выявления соответствующих пробелов¹¹. Как видно из приведенной нормы функции Парламента по контролю за нормотворчеством, распространяется исключительно на исполнительные органы государственной власти. Кроме того, действующие регламенты палат Федерального Собрания

¹⁰ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2002. № 24, ст. 2253.

¹¹ Федеральный закон от 07.05.2013 № 77-ФЗ «О парламентском контроле» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 19, ст. 2304.

Российской Федерации также не закрепляют правовой механизм такой процедуры. Учитывая вышесказанное, полагаем целесообразным расширить перечень субъектов нормотворческой деятельности, подпадающих под процедуры парламентского контроля, а также закрепить соответствующий правовой механизм в регламентах палат Федерального Собрания Российской Федерации.

В то же время отечественное законодательство обеспечивает возможность оспаривания нормативных правовых актов в судах общей юрисдикции. Учитывая то обстоятельство, что акты делегированного нормотворчества по своей юридической силе равны федеральным законам, они должны потенциально быть объектами для рассмотрения в рамках конституционного судопроизводства, однако на сегодняшний день в Федеральном конституционном законе от 21.07.1994 №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» такая процедура не предусмотрена. При этом вполне очевидно, что акты делегированного нормотворчества ЦИК России должны соответствовать не только тем критериям, которые устанавливаются в федеральном законе, которым комиссия уполномочивается на их издание, но, в первую очередь, соответствовать Конституции Российской Федерации. Речь идет как об общих принципах, закрепляющих права и свободы человека и гражданина, в качестве высшей ценности, но и о специальных принципах, предполагающих гарантии обеспечения всеобщего, равного, прямого избирательного права при тайном голосовании.

Возвращаясь к анализу нормотворчества ЦИК России, следует отметить, что на сегодняшний день Требования к проведению дистанционного электронного голосования, утверждены постановлением ЦИК России от 08.06.2022 № 86/715-8 (далее — Требования), а Порядок дистанционного электронного голосования с использованием федеральных государственных информационных систем утвержден постановлением Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 08.06.2022 № 86/716-8 (далее — Порядок) и являются актами делегированного нормотворчества. Требования и Порядок изданы на основании и во исполнение Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». Анализ норм Требований и Порядка свидетельствуют о наличии признаков, характеризующих нормативный правовой акт. В частности, они изданы уполномоченным субъектом, который наделен этими полномочиями исходя из норм соответствующего федерального закона. При этом и Требования, и Порядок содержат правовые нормы, обязательные для неопределенного круга лиц и неоднократного применения. В данном случае этими лицами являются все участники дистанционного электронного голосования. Так, например, Разделом 7 Требований устанавливается порядок осуществления наблюдения за дистанционным электронным голосованием. В частности, определен круг субъектов, наделенных правом назначать наблюдателей, а также установлен предельный срок до достижения, которого должны быть назначены наблюдатели, а именно не позднее чем за три дня до дня (первого дня) голосования¹².

Как видно из приведенных примеров, в нормативных актах Центральной избирательной комиссии Российской Федерации содержатся правовые нормы, соответственно они являются нормативными правовыми актами. Как отмечает И.Г. Чистобородов «издание собственных нормативных правовых актов представляет возможность комиссии оказывать управляющее воздействие на участников избирательного процесса с помощью установления нормативных предписаний» (Chistoborodov,

¹² Постановление ЦИК России от 08.06.2022 № 86/715-8 «О Требованиях к проведению дистанционного электронного голосования» // Вестник Центральной избирательной комиссии. 2022. № 5 (441).

2016). В связи с этим возникает ряд вопросов о юридической силе и форме нормативного акта, которым данная детализация и регламентация осуществляется. Как известно, в Конституции России не закреплен перечень вопросов, по которым должны и могут быть приняты федеральные законы, они во многом отнесены к свободе усмотрения самого законодателя. В то же время согласно части г) статьи 71 Конституции Российской Федерации к вопросам ведения федерального значения относится организация публичной власти; установление системы федеральных органов законодательной, исполнительной и судебной власти, порядка их организации и деятельности; формирование федеральных органов государственной власти. Таким образом, вопросы организации и проведения Всероссийского голосования отнесены к сфере ведения Российской Федерации, при этом согласно ч. 1 статьи 76 Конституции Российской Федерации по предметам ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы, имеющие прямое действие на всей территории Российской Федерации¹³. Как известно «юридическая сила нормативного правового акта определяется компетенцией и статусом издавшего его органа государственной власти, его полномочиями и местом в системе органов государственной власти» (Klishas (ed.), 2019:303), а также: «...юридическую силу нормы может определить только ее форма» (Ebzeev, et al., 2017:59). Например, О.Е. Кутафин указывал на то, что: «Нормативные акты ЦИК России обычно содержат нормы конституционного права и поэтому являются источниками данной отрасли права» (Kutafin, 2014:120).

Исходя из вышесказанного, целесообразно нормативные акты, издаваемые ЦИК России, разделить на две категории. К первой следует отнести подзаконные акты, которые комиссия принимает непосредственно в рамках своей компетенции. Вторая категория — это акты делегированного нормотворчества, как в случае приведенных примеров, когда законодатель делегирует свои полномочия делегату, определяя границы его допустимого правотворчества. При этом, исходя из теории делегированного нормотворчества, эти акты должны иметь юридическую силу, равную федеральному закону, которым осуществлена делегация. Разумеется, такая делегация может осуществляться только федеральным законом и в любое время отозвана делегантом; она должна строго соответствовать функциям ЦИК России.

Акты ЦИК России как источники конституционного права

В контексте темы настоящей статьи также следует особо обратить внимание на предложенный Б.С. Эбзеевым новый подход к пониманию источников конституционного права, согласно которому некоторые источники являются актами «твердого» конституционного права, а другие — актами «мягкого» конституционного права. Данный подход наиболее полно учитывает организацию единой системы государственной власти в Российской Федерации, которая не заключается исключительно в выделении трех ветвей власти и их жестком обособлении, а предполагает взаимодействие и взаимосдерживание всех элементов, составляющих государственный аппарат.

¹³ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

Так, согласно данной концепции под «мягким» конституционным правом понимается: «...правила поведения, которые заключены в актах, казалось бы, не обладающих некоторыми присущими нормативным правовым актам атрибутивными свойствами и качествами, в частности возможностью государственного принуждения в случае неисполнения, но способных вызвать и вызывающих конституционно-правовые последствия. В этих актах, издаваемых конституционными органами государственной власти либо утверждаемых ими, как правило, определяются цели и содержание программы деятельности органов публичной власти либо сформулированы ответы на общественные запросы, что должно, в том числе способствовать достижению общественного согласия и солидаризации общества. Этим, в свою очередь, предопределяется дополнение трактовки демократии как принципа большинства принципами консенсуальной демократии, у которой в информационном обществе большое будущее» (Ebzeev, 2019a). Кроме того, отмечается, что: «...„мягкое“ конституционное право создается конституционными органами государственной власти или иными государственными органами, уполномоченными на это законодателем (рекомендации ЦИК России), часто с участием негосударственных органов и учреждений, используется для обозначения принципов и стандартов регулирования конституционных отношений и порождает юридические последствия, предусмотренные «твердым» конституционным правом, либо само преобразуется в «твердое» право» (Ebzeev, 2019a). Как представляется, данный подход способствует более гармоничному пониманию роли нормативных правовых актов, издаваемых не только органами государственной власти, но и различными федеральными государственными органами, в том числе и Центральной избирательной комиссией Российской Федерации.

В научной литературе поднимаются вопросы и в несколько иной интерпретации. Некоторые из авторов, не отрицая нормотворческих полномочий ЦИК России, видят угрозу в переносе правового регулирования вопросов избирательного законодательства с уровня федеральных законов на уровень подзаконных актов, которые, по их мнению, не могут обеспечить должный уровень реализации гарантий избирательных прав, ведут к нестабильности правового регулирования указанной сферы общественных отношений, а также могут нарушить принципы верховенства права и народовластия. По мнению Е.И. Колюшина, «сосредоточение в избирательных комиссиях функций правотворчества (установления правил, порядка голосования) и исполнение этих правил не согласуется с определенной законом природой комиссий, которые не входят ни в одну из трех ветвей публичной власти, являясь правоприменительными органами» (Kolyushin, 2022). Схожей позиции придерживается А.Е. Постников, который с негативной точки зрения оценивает рост самостоятельности ЦИК России в нормативно-правовом регулировании некоторых новых избирательных процедур. Автор приходит к выводу, что: «правовое регулирование порядка использования видеонаблюдения, дистанционного электронного голосования в избирательном процессе должно осуществляться в форме федерального закона, предусматривающего всесторонние гарантии соответствующих избирательных прав граждан, что не исключает дальнейшей конкретизации его норм на уровне подзаконных актов избирательных комиссий» (Postnikov, 2022). Автор полагает, что данное обстоятельство может повлиять на доверие граждан к результатам голосования.

Как представляется, высказанная точка зрения обусловлена определенным типом правопонимания, а именно приверженностью идеалам юридического

позитивизма, согласно которому, в самых общих чертах, право и закон отождествляются. Попытка детальной регламентации всех процедур в федеральных законах кажется нерациональной. Здесь можно обратиться к характерной тенденции для романо-германской правовой семьи, заключающейся в выделении так называемой регламентарной власти (David, 1988). Смысл названной идеи заключается в разграничении вопросов законодательного и регламентного регулирования. И если смотреть на проблему активного правотворчества ЦИК России с этой точки, то никаких аномалий не наблюдается.

Важность избирательного процесса и его правового регулирования, как было указано выше, не вызывает сомнений, так как согласно части 3 статьи 3 Конституции Российской Федерации высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы¹⁴. Более того, принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации, а также в соответствующих федеральных законах, устанавливая, что избрание представительных органов государственной власти происходит на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании. Именно соблюдение и гарантия реализации вышеперечисленных принципов является той границей, которая ограничивает полномочия Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, в том числе при осуществлении делегированного нормотворчества.

При этом отказ от делегации данных полномочий ЦИК России представляется ошибочным, так как названный правотворческий инструмент позволяет обеспечить оперативное, квалифицированное и эффективное решение государственных задач, в том числе по обеспечению реализации в полной мере конституционных прав граждан. Достаточно известный факт, что институт делегированного нормотворчества применяется именно в целях выработки более профессионального решения и соответствующего правового механизма регулирования общественных отношений. Таким образом, легитимность правового регулирования в сфере избирательного процесса только повышается.

Кроме того, напомним, что введение дистанционного электронного голосования, также как и предоставление возможности проведения выборов в течение нескольких дней было обусловлено объективными экстраординарными причинами. Речь идет о пандемии COVID-2019, распространение которой вынудило руководство государства установить некоторые ограничения для перемещения граждан, посещения ими общественных мест и массовых мероприятий. Эти меры были направлены исключительно на сохранения жизни и здоровья граждан и обеспечения безопасности всего общества. В то же время была решена задача, позволившая гарантировать реализацию конституционных прав граждан на участие в управлении делами государства.

References / Список литературы

Artemova, O.E. & Romanovskaya, O.V. (2017) *Constitutional and legal status of the Central Election Commission of the Russian Federation: monograph*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).

¹⁴ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

- Артемова О.Е., Романовская О.В. Конституционно-правовой статус Центральной избирательной комиссии Российской Федерации: монография. М.: Проспект, 2017. 176 с.
- Chervonuk, V.I. & Yakadin, D.D. (2014) Delegation of legislative powers as a kind of legal procedure (comparative law context). *Vestnik Saratovskoi gosudarstvennoi yuridicheskoi akademii*. 3(98), 180—187. (in Russian).
- Червонюк В.И., Якадин Д.Д. Делегирование законодательных полномочий как вид юридических производств (сравнительно-правовой анализ) // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 3(98). С. 180—187.
- Chistoborodov, I.G. (2016) Russian central election commission as main subject of public administration by electoral process. *Gaps in Russian Legislation*. (2), 8—12. (in Russian).
- Чистобородов И.Г. Центральная избирательная комиссия Российской Федерации как основной субъект государственного управления избирательным процессом // Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 2. С. 8—12.
- Churov, V.E., & Ebzееv, B.S. (2011) Democracy and management of the electoral process: domestic model. *Journal of Russian law*. 11(179), 5—20. (in Russian).
- Чуров В.Е., Эбзеев Б.С. Демократия и управление избирательным процессом: отечественная модель // Журнал российского права. 2011. № № 11(179). С. 5—20.
- David, R. (1988) *Basic legal systems of our time*. Transl. from French and introduction by Tumanov V.A. Moscow, Progress Publ. (in Russian).
- Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманов. М.: Прогресс, 1988. 496 с.
- Dogadailo, E.Yu. & Gorlachev, R.Yu. (2018) On the Concept and Significant Attributes of a statutory act in the Russian Federation. *State Power and Local Self-government*. (10), 56—62. <https://doi.org/10.18572/1813-1247-2018-10-56-62> (in Russian).
- Добадаило Е.Ю., Горлачев Р.Ю. К проблеме понятия и существенных признаков нормативного правового акта в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2018. № 10. С. 56—62. <https://doi.org/10.18572/1813-1247-2018-10-56-62>
- Ebzееv, B.S. et al. (2017) *Suffrage: textbook*. Moscow, UNITI-DANA. (in Russian).
- Избирательное право: учебник / Б.С. Эбзеев и др. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2017. 431 с.
- Ebzееv, B.S. (2019a) “Hard” and “soft” law in the constitutional order of Russia (New meanings in understanding the sources of law). *State and Law*. (12), 26—38. (in Russian).
- Эбзеев Б.С. «Твердое» и «мягкое» право в конституционном правопорядке России (новые смыслы в понимании источников права) // Государство и право. 2019. № 12. С. 26—38.
- Ebzееv, B.S. (2019b) *Constitutional law of Russia: textbook*. Moscow, Prospect Publ. (in Russian).
- Эбзеев Б.С. Конституционное право России: учебник. Москва: Проспект, 2019. 768 с.
- Klishas, A.A. (ed.). (2019) *Theory of State and Law: Textbook*. Peoples' Friendship University of Russia, Law Institute. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
- Теория государства и права: учебник / Российский университет дружбы народов, Юридический институт; под ред. д-ра юрид. наук, проф. А.А. Клишаса. М.: Статут, 2019. 512 с.
- Kolyushin, E.I. (2022) The problem of quasi-supremacy of law in electoral law. *Constitutional and Municipal Law*. (6), 51—56. <https://doi.org/10.18572/1812-3767-2022-6-51-56> (in Russian).
- Колюшин Е.И. Проблема квазиверховенства закона в избирательном праве // Конституционное и муниципальное право. 2022. № 6. С. 51—56. <https://doi.org/10.18572/1812-3767-2022-6-51-56>
- Kutafin, O.E. (2014) Selected works: in 7 vol-s. Vol. 2. *Sources of constitutional law: monograph*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
- Кутафин О.Е. Избранные труды: в 7 томах. Т 2. Источники конституционного права: монография. М.: Проспект, 2014. 352 с.
- Luchin, I.N., Ebzееv, B.S. & Khazov, E.N. et al. (2019) *Constitutional law of Russia*. 10th ed., reprint. and supplemented. Moscow, Unity-Dana Publ. (in Russian).

Конституционное право России / В.О. Лучин, Б.С. Эбзеев, Е.Н. Хазов и др. 10-е изд-е, перереб. и доп. Москва: Юнити-Дана, 2019. 687 с.

Osavelyuk, A.M. (2017) On the issue of the system of state bodies in Russia. *Law and State: The Theory and Practice*. 2(146), 113—117. (in Russian).

Осавельюк А.М. К вопросу о системе государственных органов в России // *Право и государство: теория и практика*. 2017. № 2(146). С. 113—117.

Postnikov, A.E. (2022) On the limits of the bylaw regulation of citizens' electoral rights. *Journal of Russian Law*. 5(26), 31—42. <https://doi.org/10.12737/jrl.2022.050> (in Russian).

Постников А.Е. О пределах подзаконного регулирования избирательных прав граждан // *Журнал российского права*. 2022. Т. 26. № 5. С. 31—42. <https://doi.org/10.12737/jrl.2022.050>

Сведения об авторах:

Лопатин Антон Игоревич — член Центральной Избирательной комиссии Российской Федерации; Российская Федерация, 109012, г. Москва, Б. Черкасский пер., д. 9
e-mail: lopatin@cikrf.ru

Малкаров Ахмат Идрисович — кандидат юридических наук, ведущий советник контрольно-ревизионного отдела, Департамент организации и контроля, Министерство юстиции Российской Федерации; Российская Федерация, 119991, г. Москва, ул. Житная д. 14, стр. 1
e-mail: akhmat.malkarov@yandex.ru

About the authors:

Anton I. Lopatin — Member of the Central Election Commission of the Russian Federation; 9 Bol'shoiCherkassky Pereulok, Moscow, 109012, Russian Federation
e-mail: lopatin@cikrf.ru

Akhmat I. Malkarov — Candidate of Legal Sciences, Leading Adviser of the Control and Audit Department, the Department of Organization and Control, the Ministry of Justice of the Russian Federation; 1 build. 14 Zhitnaya str., Moscow, 119991, Russian Federation
e-mail: akhmat.malkarov@yandex.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-354-367>
EDN: FGGKAO

Научная статья / Research Article

Соединенные Штаты Америки и пандемия: проблемы правового регулирования борьбы с COVID-19

Н.С. Латыпова  

Башкирский государственный университет, Уфа, Российская Федерация
 marchrose@yandex.ru

Аннотация. Период пандемии в США стал испытанием на прочность многих государственных механизмов, поставил вопрос о границах чрезвычайных полномочий Президента и губернаторов и эффективности государственной системы здравоохранения. Причины, по которым одна из самых благополучных стран мира стала самым пострадавшим от пандемии государством, во многом кроются в организации системы государственного управления и исторически сложившихся прецедентах расширения полномочий исполнительной власти в период чрезвычайных обстоятельств. Цель исследования — установление основ конституционно-правового регулирования борьбы с последствиями пандемии в США и установление корреляционных связей между особенностями распределения полномочий в сфере общественной безопасности и эффективностью мер по противодействию распространению COVID-19. Одной из задач является выявление как достоинств, так и недостатков политического устройства США в контексте противодействия общенациональной угрозе. Определить специфику чрезвычайных полномочий Президента США позволил исторический метод исследования, в то время как конкретно-правовой метод был положен в основу анализа структуры и полномочий органов законодательной и исполнительной власти наряду с сравнительно-правовым, системно-структурным и функциональным подходами. В борьбе с пандемией механизм государственного управления в США показал свою неспособность противостоять угрозам общенационального характера. Во многом подобное положение объясняется особенностями законодательного регулирования сферы здравоохранения, переданной для автономного регулирования органам власти штатов, разрозненной системой правового регулирования противодействия чрезвычайным ситуациям, а также весьма скромными возможностями главы государства в вопросах реагирования на эпидемиологические угрозы. Исследование позволило сделать вывод об имеющейся корреляции между особенностями системы государственного управления в США, ее законодательным регулированием и негативными последствиями пандемии COVID-19, вызванными нескоординированными действиями федеральных и региональных органов государственной власти.

Ключевые слова: пандемия, Президент, США, штаты, здравоохранение, чрезвычайные полномочия, конституция

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 12 сентября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

© Латыпова Н.С., 2023



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

Для цитирования:

Латыпова Н.С. Соединенные Штаты Америки и пандемия: проблемы правового регулирования борьбы с COVID-19 // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 354—367. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-354-367>

United States of America and the pandemic: issues of legal regulation in combating COVID-19

Natalia S. Latypova  

Bashkir State University, *Ufa, Russian Federation*

 marchrose@yandex.ru

Abstract. The pandemic period in the United States has become a test of the strength of many state mechanisms, raised the question of the limits of the extraordinary powers of the President and governors and effectiveness of the public health system. The reasons why one of the most prosperous countries in the world has become the most affected state by the pandemic largely lie in the sphere of public administration system and historically established precedents for expanding the powers of the executive branch in times of emergency. The aim of the study is to identify the foundations of constitutional and legal regulation in combating the consequences of the pandemic in the United States and to trace correlations between peculiarities of distribution of powers in the field of public security and effectiveness of measures to counter the COVID-19 spread. One of the tasks is to identify both advantages and disadvantages of the US political structure in the context of countering the nationwide threat. The historical method of research allowed to determine the specifics of the extraordinary powers of the US President, while the specific legal method was used as the basis for analyzing the structure and powers of legislative and executive authorities along with comparative legal, system-structural and functional approaches. In the fight against the pandemic, the mechanism of public administration in the United States has shown its inability to counter threats of a nationwide nature. In many ways, this situation is explained by peculiarities of the legislative regulation of the healthcare sector, transferred to the autonomous regulation of state authorities, a disparate system of legal regulation of emergency response, as well as the very modest capabilities of the head of state in responding to epidemiological threats. The study allows to conclude that there is a correlation between the features of the public administration system in the United States, its legislative regulation and the negative consequences of the COVID-19 pandemic caused by uncoordinated actions of federal and regional government authorities.

Key words: pandemic, President, USA, states, healthcare, emergency powers, constitution

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 12th September 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Latypova, N.S. (2023) United States of America and the pandemic: issues of legal regulation in combating COVID-19. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 354—367. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-354-367>

Введение

В истории любого демократического государства имели место периоды кризисов, войн, эпидемий. И правительства стран применяли в условиях чрезвычайных обстоятельств режим «ручного управления», принимая в свои руки тот максимум власти и полномочий, который только требовался. При этом особенно остро вставал

вопрос о возможности ограничения прав и свобод граждан, в том числе, конституционных, а также возможности правительства и высшего должностного лица страны принимать на себя полномочия, не предусмотренные Конституцией или иными нормативными актами. В федеративных государствах дискуссии также традиционно вызывало распределение полномочий между федеральными органами власти и регионами.

В условиях, когда современным государствам приходится балансировать между соблюдением прав и свобод граждан и необходимыми мерами по сдерживанию пандемии, между неизбежным усилением полномочий исполнительной власти и сохранением баланса всех трех ее ветвей, исследования исторического опыта зарубежных стран представляется весьма актуальным.

В данном исследовании рассматривается опыт реагирования государства на чрезвычайные ситуации, вызванные пандемией COVID-19 в Соединенных Штатах Америки, и правовые основы распределения полномочий между органами государственной власти по противодействию распространения инфекции.

Объектом исследования стала правовая система именно Соединенных Штатов, поскольку это одно из немногих государств, которое за 245 лет существования столкнулось с широким спектром чрезвычайных ситуаций, в том числе двумя пандемиями, представляя собой во все эти периоды демократическое государство с республиканской формой правления, федеративным устройством и демократическим политическим режимом. Данный факт позволяет исследовать на историческом примере США, каким образом чрезвычайные ситуации, такие как пандемия, влияют на соблюдение конституционных прав граждан и на развитие законодательства в области распределения полномочий и сохранение баланса трех ветвей власти.

Правовое регулирование в условиях коронавируса в США

Исследование правовых основ противодействия распространению пандемии позволяет продемонстрировать как преимущества американской системы сдержек и противовесов, так и ее недостатки, в условиях, когда паритет между сохранением жизни и здоровья граждан и соблюдением демократических принципов не может быть сохранен. В данном контексте нельзя не согласиться с мнением, что «постепенное развитие пандемии и вовлечение в нее государств, как со старыми демократиями, так и вновь построенными демократиями одновременно выявило как слабые стороны конституционных правоотношений, так и подтолкнуло к новому этапу развития правоотношений» (Lungu, 2020).

Правовое регулирование США в условиях коронавируса рассматривает ряд отечественных и зарубежных авторов. С.С. Костяев (Kostyaev, 2021) анализирует проблемы системы американского здравоохранения, которые напрямую связаны с системой распределения полномочий между различными уровнями власти, Т.В. Чубарова и М.А. Шарова, исследуя российский опыт борьбы с пандемией приводят доказательства корреляции между особенностями государственного механизма и эффективностью мер борьбы с пандемией (Chubarova & Sharova, 2020). Сравнительный анализ мер борьбы с пандемией и ее законодательного регулирования проводят О.Л. Алферов и Е.В. Алферова (Alferov & Alferova, 2022) выявивший наиболее «мягкий» и неэффективный правовой режим противодействия пандемии именно в США. Е.В. Лунгу и М. Скотт (Lungu, 2020; Scott, 2009) рассматривают пандемию как новый

вызов конституционным правоотношениям во всех демократических странах мира, что справедливо относится и к США.

Зарубежные авторы также рассматривают правовые основы борьбы с пандемией с точки зрения эффективности государственной политики, в частности А. Кристофер (Christopher et al., 2021) критически оценивает уровень реагирования органов власти штатов на пандемию, устанавливая взаимосвязь между политическими взглядами губернаторами и сроками введения карантина. А. Вейс (Weiss, 2021) в своем исследовании приходит к последовательному выводу о неэффективном перераспределении полномочий в период пандемии между законодательными органами штатов и губернаторов в пользу последнего. Продолжая анализ баланса двух ветвей власти Р. Кормакейн и, вообще говорит об угрозе подобных пандемии обстоятельств для системы законодательной власти демократических стран (Cormacain & Bar-Siman-Tov, 2020). В целом следует отметить отсутствие работ, с правовой точки зрения оценивающих государственную политику США по противодействию распространению пандемии и выявлению системных причин высокого уровня смертности от COVID-19 и неэффективности государственных мер по его предотвращению.

Следует констатировать, что несмотря на десятки законодательных статутов, наделяющих Президента особым кругом чрезвычайных полномочий, и развитой системой прецедентов, в условиях всемирной пандемии COVID-19 государственный механизм США в вопросе предотвращения распространения инфекции и устранения ее последствий показал свою несостоятельность. По официальным данным Всемирной организации здравоохранения, Соединенные Штаты стали самой пострадавшей от пандемии страной, в которой инфекция унесла жизни более 1 миллиона человек, 93 тыс. человек были заражены¹. Во многом подобное положение объясняется особенностями законодательного регулирования сферы здравоохранения, распределения полномочий между федеральными органами власти и правительствами штатов, а также весьма скромными возможностями главы государства в вопросах реагирования на эпидемиологические угрозы.

Правовые основы борьбы с пандемией в условиях чрезвычайной ситуации

На федеральном уровне в США основным законом о борьбе с инфекционными заболеваниями является Закон об общественном здравоохранении 1944 г., который предоставляет право министру здравоохранения и социальных служб объявлять чрезвычайное положение в случаях, когда «заболевание представляет собой чрезвычайную ситуацию в области общественного здравоохранения» или же имеют место «значительные вспышки инфекционных заболеваний или биотеррористические атаки»². При этом законодательного одобрения Конгресса не требуется, необходимо лишь его письменное уведомление в течение 48 часов после объявления чрезвычайного положения.

31 января 2020 г. Министерство здравоохранения и социальных служб сообщило о первом официально подтвержденном случае заболевания COVID-19 на территории США. В этот же день, применяя положение Закона об общественном

¹ World health organization. Situation by Region, Country, Territory & Area. Режим доступа: <https://covid19.who.int/table> (дата обращения: 20.06.2022).

² Public Health Service Act (42 US Code s 264). 1944. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-8773/pdf/COMPS-8773.pdf> (дата обращения: 01.12.2022).

здравоохранении, министр А. Азар объявил о чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения.

В декларации были перечислены и предоставляемые ему полномочия, включающие «Доступ к фондам, ассигнованным Чрезвычайному фонду общественного здравоохранения», «осуществлять временное назначение персонала на должности», «использовать практику телемедицины», «ограничить ответственность медицинских работников»³ и другие. Как отмечает Л.Ф. Уайли, «это решение способствовало усилиям по разработке и распространению диагностических тестов, терапевтических средств и вакцин, а также допускало возможность гибкого правового регулирования» (Wiley, Yearby & Hammond, 2021).

Раздел 361 упомянутого Закона об общественном здравоохранении уполномочивает министра в условиях чрезвычайного положения «принимать и обеспечивать соблюдение таких правил, которые, по его мнению, необходимы для предотвращения передачи или распространения инфекционных заболеваний из зарубежных стран в штаты или из одного штата в другой» (Wiley, Yearby & Hammond, 2021). Во время пандемии Covid-19 министр здравоохранения и социальных служб А. Азар применил это положение, чтобы приостановить въезд лиц из стран, в которых существует высокая степень распространения инфекции, приказом от 24 марта 2020 г.⁴, объявить «о запрете плавания и приостановке дальнейшей посадки на все круизные лайнеры, которые добровольно не приостановили работу» приказом также от 24 марта 2020 г.⁵, и намного позднее, 3 февраля 2021 г., установить требование об обязательном ношении маски, «закрывающей рот и нос, при поездках на любом транспортном средстве», а также «в любом транспортном узле в Соединенных Штатах (аэропорте, автовокзале, пристани для яхт, железнодорожном вокзале)»⁶.

13 марта 2020 г. Президент Д. Трамп подписал Прокламацию «Об объявлении чрезвычайного положения в стране в связи со вспышкой нового коронавирусного заболевания (COVID-19)». С привычной российским юристам точки зрения в подобных условиях глава государства вправе объявить режим всеобщей изоляции, как это сделали представители многих стран мира. Однако в правовой системе США у президента отсутствуют подобные полномочия, ограниченные в данном вопросе законом и прецедентами Верховного суда. В указанной прокламации глава государства фактически перечислил все меры, которые вправе предпринять, в частности, в ней указывались возможности «по ускорению приобретения средств индивидуальной

³ US Department of Health and Human Services, Public Health Emergency Declaration (last reviewed 26 November 2019). Режим доступа: <https://aspr.hhs.gov/legal/PHE/Pages/Public-Health-Emergency-Declaration.aspx> (дата обращения: 01.12.2022).

⁴ Order Suspending Introduction of Certain Persons from Countries Where a Communicable Disease Exists (85 Federal Register 16567) 24 March 2020. Режим доступа: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/24/2020-06241/order-suspending-introduction-of-persons-from-a-country-where-a-communicable-disease-exists> (дата обращения: 01.12.2022).

⁵ No Sail Order and Suspension of Further Embarkation (85 Federal Register 16628) 24 March 2020. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-03-24/pdf/2020-06166.pdf> (дата обращения: 01.12.2022).

⁶ Requirement for Persons to Wear Masks While on Conveyances and at Transportation Hubs (86 Federal Register 8025) 3 February 2021. Режим доступа: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/02/03/2021-02340/requirement-for-persons-to-wear-masks-while-on-conveyances-and-at-transportation-hubs> (дата обращения: 01.12.2022).

защиты и оптимизации использования новых диагностических возможностей в лабораториях», а также «карантин для лиц, прибывших из иностранных государств»⁷.

При этом возможность введения общенациональных ограничительных мер обсуждалась бывшим Президентом США с советниками уже 17 марта 2020 г. с целью предотвращения распространения COVID-19. Однако спустя несколько дней эта инициатива была отвергнута в связи с опасением отмены решения президента Верховным судом и широким общественным резонансом, который мог вызвать прецедент по расширению перечня «чрезвычайных» президентских полномочий. Хотя в настоящее время в США действует 136 статутных положений, предусматривающих внеконституционные полномочия президента в условиях чрезвычайной ситуации⁸, все они носят точечный характер. Их реализация, несомненно, способствовала предотвращению случаев распространения коронавирусной инфекции, однако не стала эффективным рычагом борьбы с пандемией.

Подобная ограниченность полномочий в условиях чрезвычайной ситуации является нетипичной для большинства демократических государств и обусловлена правовой традицией, положениями Конституции и прецедентами Верховного суда (Koenig, 1975).

Конституция США отличается от большинства современных конституций тем, что не содержит норм об объявлении чрезвычайного положения и полномочиях какой-либо из ветвей власти в подобной ситуации. Единственные нормы, косвенно относящиеся к чрезвычайным ситуациям, позволяют Конгрессу созывать в случае мятежа добровольческую армию и приостанавливать действие Habeas Corpus Акта. Раздел 9 статьи I Конституции США гласит, что «действие привилегии судебного приказа habeas corpus не может быть приостановлено, если только того не потребует общественная безопасность в случае мятежа или вторжения»⁹.

Попытки заявить о широких полномочиях в этой сфере именно исполнительной ветви власти во главе с Президентом предпринимались начиная с первого прецедента использования чрезвычайных полномочий Президентом А. Линкольном в период Гражданской войны, что отмечено в ряде работ (Farber, 2004; Latypova, 2021; Latypova, 2022) и заканчивая действующим главой США Дж. Байденом. Однако в большинстве случаев крайние меры не были поддержаны Верховным судом. Показательным примером, приводимым зарубежными авторами (Tichenor, 2013), является ситуация, когда в условиях Корейской войны правительство США придерживалось правовой позиции о широких полномочиях президента Г. Трумэна и оправдывало его действия по захвату сталелитейных заводов для предотвращения забастовок в период. Однако Верховный суд в решении по делу Янгстоун против Соьера 1952 г. признал действия Президента незаконными: «Конституция не предусматривала, что должность Главнокомандующего армией и флотом будет означать, что он также

⁷ Прокламация Президента США «Об объявлении чрезвычайного положения в стране в связи со вспышкой нового коронавирусного заболевания (COVID-19)» от 13 марта 2020 г. Режим доступа: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/proclamation-declaring-national-emergency-concerning-novel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak/> (дата обращения: 01.05.2022).

⁸ Brennan Center for Justice. A Guide to Emergency Powers and Their Use. September 4, 2019. Режим доступа: <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use> (дата обращения: 02.05.2022).

⁹ Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты // под ред. О.А. Жидкова. М.: Прогресс. 1993. 765 с.

будет являться Главкомандующим страной, ее промышленностью и жителями», а «власть, которую президент хотел реализовать является законотворческой, которой Конституция наделяет только Конгресс, как в благоприятные, так и в неблагоприятные времена»¹⁰.

Федеральное законодательство о чрезвычайных ситуациях также не содержит точного определения того объема полномочий, которыми обладает Президент или Конгресс в подобных условиях. Закон о национальном чрезвычайном положении 1976 г., первый федеральный законодательный акт, регламентирующий порядок введения и прекращения чрезвычайной ситуации, содержит лишь подробный порядок и сроки прекращения чрезвычайной ситуации, указывая, что «все полномочия, которыми обладает Президент, любое другое должностное лицо или сотрудник Федерального Правительства или любое исполнительное агентство... в результате существования какого-либо объявления чрезвычайного положения в стране прекращаются через два года после принятия такого закона»¹¹.

Связано это с тем, что само его принятие было вызвано отсутствием законодательного порядка прекращения чрезвычайных ситуаций, которых на момент принятия закона согласно Доклада Сената США № 93-549 от 19 ноября 1973 г. сохранялось четыре, в том числе еще объявленная в 1933 году чрезвычайная ситуация, вызванная экономическим кризисом. В докладе указывалось, что в условиях объявленной чрезвычайной ситуации действуют «сотни законов, которые делегируют Президенту чрезвычайные полномочия, обычно осуществляемые Конгрессом, которые влияют на жизнь американских граждан множеством всеобъемлющих способов»¹². Поэтому содержание указанного нормативного акта сводилось к порядку прекращения чрезвычайного положения спустя два года после объявления и возможностям его продления (Tessuto, 2005).

Некоторые полномочия Президента в условиях чрезвычайного положения регламентирует Закон о гражданстве 1952 г. В специальном разделе «Контроль передвижения иностранцев и граждан во время войны или чрезвычайного положения» главе государства предоставляются полномочия по ограничению въезда иностранных граждан в Соединенные Штаты, если эти действия могут нанести ущерб интересам государства: «Когда Соединенные Штаты находятся в состоянии войны или во время существования какого-либо чрезвычайного положения... Президент должен установить ограничения и запреты... которые вводятся при выезде лиц из Соединенных Штатов и их въезде в Соединенные Штаты и должны сделать об этом публичное объявление»¹³» (ч. 215).

Следует отметить, что каких-либо ограничений по срокам действия такого решения нормативный акт не содержит.

¹⁰ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 643—44 (1952). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/> (дата обращения: 01.05.2022).

¹¹ *National Emergencies Act*. Public law 94-412. September 14, 1976. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/HMAN-112/pdf/HMAN-112-pg1119.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

¹² Доклад Сената США № 93-549 от 19 ноября 1973 г. Режим доступа: <https://ia802207.us.archive.org/24/items/senate-report-93-549/senate-report-93-549.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

¹³ *The Immigration and Nationality Act of 27 June 1952*. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

В первые месяцы пандемии в своей прокламации от 31 января 2020 г. Президент Д. Трамп на основании указанного закона ограничил въезд иностранных граждан, которые прибыли из Китая: «Въезд в Соединенные Штаты в качестве иммигрантов или неиммигрантов всех иностранцев, которые физически находились в КНР... в течение 14-дневного периода, предшествующего их въезду или попытке въезда в Соединенные Штаты настоящим приостанавливаются»¹⁴. 29 февраля аналогичная прокламация запрещала въезд на территорию США лицам, прибывшим из Ирана. В последующем аналогичные решения были приняты в отношении стран Шенгенской зоны, а также касались лиц, прибывающим в США по временным рабочим визам.

Федеральным законом, использованным в период пандемии коронавируса, стал также закон времен войны в Корее — Закон об оборонном производстве 1950 г. Закон предоставляет Президенту расширенные полномочия в отношении промышленных предприятий, производящих оборудование и средства, необходимые для защиты от вируса и борьбы с ним. В соответствии с частью 107 «Президент должен принять соответствующие меры для того, чтобы важнейшие технологические элементы и промышленные ресурсы были доступны... в мирное время, в период частичной мобилизации и чрезвычайного положения в стране»¹⁵. Большинство из предоставленных полномочий касается финансирования промышленных объектов, в частности, установленный лимит государственных гарантий в 50 млн долл. может быть преодолен «в период чрезвычайного положения в стране, объявленного Конгрессом или Президентом»¹⁶. В соответствии с этим законом оборонные предприятия начали массовое производство защитной одежды, перчаток и масок, а также медицинских приборов, таких как аппараты искусственной вентиляции легких.

Таким образом, сложившаяся практика реализации чрезвычайных полномочий Президентом хоть и имеет место быть, однако формировалась она не благодаря законодательному регулированию, а с помощью прецедентов применения внеконституционных полномочий. При этом подобные полномочия расширяли лишь прецеденты, поддержанные Верховным судом США и Конгрессом, которые в зависимости от политической обстановки, а иногда и от личности главы государства принимали противоречивые позиции. Сложно отрицать, что в условиях, угрожающих национальной безопасности, таких как пандемия, как и в большинстве стран мира, в США Президент имеет перед Конгрессом карт-бланш на применение экстраординарных мер, в том числе находящихся в исключительном ведении Конгресса в мирное благополучное время. Однако, как продемонстрировал 2020 г., спектр его полномочий значительно ограничен.

Конгресс в период пандемии осуществлял свою деятельность в большей части в направлении финансовой поддержки предпринимателей и домохозяйств. В частности, в марте 2020 г. был принят закон «О дополнительных ассигнованиях на

¹⁴ Proclamation 9984 On Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus and Other Appropriate Measures to Address This Risk of January 31, 2020. Режим доступа: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/02/05/2020-02424/suspension-of-entry-as-immigrants-and-nonimmigrants-of-persons-who-pose-a-risk-of-transmitting-2019> (дата обращения: 20.06.2022).

¹⁵ The defense production act of 1950. 50 U.S.C. § 4501. Режим доступа: https://www.fema.gov/sites/default/files/2020-03/Defense_Production_Act_2018.pdf (дата обращения: 20.06.2022).

¹⁶ Defense Production Act of 1950. Режим доступа: https://www.fema.gov/sites/default/files/2020-03/Defense_Production_Act_2018.pdf (дата обращения: 20.06.2022).

обеспечение готовности к коронавирусным заболеваниям» (первый пакет мер), «предусматривающий выделение из федерального бюджета 8,3 млрд долл. США на поддержку медицинских учреждений страны, в том числе на цели научных исследований по разработке вакцин против COVID-19, и федеральный закон «О первоочередной поддержке семей в ответ на коронавирусные заболевания» (второй пакет мер), предусматривающий выделение из федерального бюджета 105 млрд долл. США, в числе прочего, на цели обеспечения бесплатного тестирования населения страны на коронавирус»¹⁷.

В период пандемии помимо вопросов о распределении чрезвычайных полномочий между высшими государственными органами в правовом поле также остро встал вопрос о разделении предметов ведения в отношении вопросов предотвращения пандемии по вертикали — между федеральным центром и штатами. Конституция США прямо не предусматривает отнесение вопросов обеспечения системы здравоохранения к тому или иному органу власти, в связи с чем, согласно Десятой поправки к Конституции, «власть, которая не передается этой конституцией в руки Соединенных Штатов и пользование которой отдельными штатами в ней не оговорено, предоставлена штатам и народу»¹⁸. Поддержанная решениями Верховного суда данная норма наделила полномочиями по контролю за распространением опасных заболеваний органы власти штатов, именно губернаторы штатов, а также руководители департаментов здравоохранения имеют право принимать необходимые меры по недопущению распространению инфекции, в том числе введение карантина, изоляции и иных ограничительных мер. Ряд авторов справедливо подчеркивает, что подобное распределение полномочий носит глубоко исторические корни (Timonin, 2022).

Ясность в распределении полномочий в условиях чрезвычайной ситуации, в том числе пандемии, внес Закон «Роберта Т. Стаффорда о ликвидации последствий стихийных бедствий» 1988 г., в котором указывалось, что «“Чрезвычайная ситуация” означает положение, при котором, по определению Президента, необходима федеральная помощь в дополнение к усилиям и возможностям штата и местных органов власти по спасению жизней и защите имущества, здоровья и безопасности»¹⁹.

Помимо указанного определения закон устанавливает еще одну форму особого режима — крупное бедствие, которое «означает любую природную катастрофу (включая ураган, торнадо, шторм, ...) в любой части Соединенных Штатов, которая, по определению Президента, наносит ущерб достаточного уровня опасности и масштаба, чтобы вызвать необходимость оказания помощи... в дополнение к усилиям и имеющимся ресурсам штатов, местных органов власти...»²⁰. Согласно буквальному

¹⁷ Страновой обзор: опыт США в борьбе с COVID-19. Департамент международного и регионального сотрудничества Счетной палаты Российской Федерации, 2020. Режим доступа: <https://ach.gov.ru/upload/pdf/USA.pdf> (дата обращения: 10.06.2022).

¹⁸ Конституция США 1787 года. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты // под ред. О.А. Жидкова. М.: Прогресс. 1993. 765 с.

¹⁹ Stafford R.T. Disaster relief and emergency assistance act, Public Law 93—288 from May 22, 1974. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-2977/pdf/COMPS-2977.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

²⁰ Stafford R.T. Disaster relief and emergency assistance act, Public Law 93—288 from May 22, 1974. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-2977/pdf/COMPS-2977.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

толкованию нормы основные полномочия по предотвращению пандемии возложены на штаты и местные органы власти, действия же Президента носят «дополнительный» характер.

Предусмотренная финансовая помощь, «предоставляемая штату (включая суммы, предоставляемые местным органам власти штата) на финансовый год, должна быть не менее 575 000 долларов». При этом критерием для выделения столь значительной финансовой помощи является объявление именно «крупного бедствия»: «Президент должен предоставить финансовую помощь только штатам, в которых было объявлено о крупном стихийном бедствии за предыдущие 7 лет»²¹ (ч. 203). В начале апреля 2020 г. президент утвердил объявления о крупных стихийных бедствиях в соответствии с Законом Стаффорда для всех 50 штатов, округа Колумбия и пяти территорий США. Таким образом в условиях пандемии COVID-19 данный закон позволил выделить из федерального бюджета для борьбы с пандемией средства в размере от 575 000 \$²² на каждый регион.

Указанными нормативными актами полномочия федерального правительства США в отношении мер по предотвращению пандемии ограничиваются.

Определяя объем полномочий властей штатов, следует отметить, что в период пандемии ими было принято несколько деклараций о чрезвычайной ситуации. В соответствии с федеральным законом «этими декларациями была предусмотрена возможность уполномоченным публичным органам каждого штата изменять контракты на закупки, планы действий в чрезвычайных ситуациях, осуществлять меры контроля за ценами и платежами, а также осуществлять конкретные методы тестирования, скрининга, лечения и ограничения поездок» (Alferov, 2022).

Возможности объявления режима самоизоляции, а также иные эпидемиологические мероприятия также были вправе вводить исключительно власти штатов. При этом каждый из них самостоятельно определяет порядок введения карантина и ответственность за его нарушение. В частности, прокламацией губернатора штата Луизиана от 30 января 2020 г. была объявлена чрезвычайная ситуация, при которой «Управление внутренней безопасности, Министерство здравоохранения и Главный санитарный врач прямо уполномочены принимать любые действия в области здравоохранения»²³. В ней же именно правами губернатора был установлен режим изоляции: «все лица в штате Луизиана получают предписание оставаться дома, если они не осуществляют жизненно важную деятельность»²⁴.

В 2021 г. Национальная конференция законодательных органов штатов²⁵ опубликовала свод региональных законов о возможности введения режима самоизоляции

²¹ Stafford R.T. Disaster relief and emergency assistance act, Public Law 93—288 from May 22, 1974. Режим доступа: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-2977/pdf/COMPS-2977.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

²² Официальный сайт Белого дома. Режим доступа: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/15/fact-sheet-consequences-of-lack-of-funding-for-efforts-to-combat-covid-19-if-congress-does-not-act/> (дата обращения: 20.05.2022).

²³ Proclamation JBE 2020-30 «Additional measures for COVID-19 public health emergency». Режим доступа: <https://gov.louisiana.gov/assets/Proclamations/2020/Proc-No-30-updTED.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

²⁴ Proclamation JBE 2020-30 «Additional measures for COVID-19 public health emergency». Режим доступа: <https://gov.louisiana.gov/assets/Proclamations/2020/Proc-No-30-updTED.pdf> (дата обращения: 20.05.2022).

²⁵ Образованная 1 января 1975 года единая национальная организация для поддержки, защиты и объединения законодательных органов штатов США.

и ответственности за его нарушение во всех субъектах. В большинстве из них режим изоляции вправе вводить директор департамента здравоохранения штата, а в ряде субъектов губернатор. В некоторых штатах предусмотрена ступенчатая система введения режима изоляции, например, в ст. 22-12-1 Кодекса Алабамы указано, что «карантин вводится штатом, округами, объединенными городами и поселками»²⁶.

Особые чрезвычайные полномочия губернаторов вызвали определенную обеспокоенность населения в связи с перераспределением полномочий между местными законодательными органами и губернатором в пользу последнего. Как отметил А. Вейс, «законы штата о чрезвычайных полномочиях концентрируют практически все полномочия по введению чрезвычайных правил в руках губернаторов» (Weiss, 2021). Несмотря на попытку властей штатов сбалансировать юрисдикцию двух ветвей власти, законы штатов фактически передают все основные решения в руки губернатора, оставляя законодательному органу только функции по прекращению чрезвычайного положения. В условиях пандемии это привело к тому, что, как отмечают американские авторы, «юридические полномочия не использовались последовательно, должным образом и прозрачно, а руководители исполнительных органов власти во многих штатах потерпели неудачу в борьбе с COVID-19» (Burris et al., 2021).

Помимо Конституции, федеральных законов и законов штатов распределение полномочий в сфере здравоохранения закреплено в нескольких решениях Верховного суда США. В решении по делу «Гиббсон против Огдена» 1824 г. суд провел четкую грань между федеральными полномочиями и возможностями штатов, отметив, что «законы о здравоохранении и законы, регулирующие внутреннюю торговлю штата, а также те, которые касаются магистральных дорог, паромов и т. д., не входят в перечень полномочий, предоставленных Конгрессу»²⁷.

В 1902 г. Верховный суд напрямую рассмотрел вопрос о правомочии властей штата объявлять карантин в целом регионе в решении по делу «Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur против Совета здравоохранения штата Луизиана»²⁸.

В указанном деле французская торговая компания подала иск на Совет здравоохранения штата Луизиана, не разрешившего в 1898 г. войти в порт Нового Орлеана торгового судна «Британия» с 408 иммигрантами на борту на основании того, что в штате решением Совета введен карантин и въезд не проживающих там лиц запрещен.

Несмотря на указание того, что судно выдержало необходимый карантинный срок и вышло из порта отправки до того, как такое решение Совета было принято, суд штата, а затем и Верховный суд США поддержали Совет здравоохранения штата Луизиана, создав существующих по сей день прецедент, дающий возможность органам здравоохранения штатов вводить режим изоляции не только для отдельных лиц, но и на территории штата в целом. Указанный прецедент используется судами по сей день, в частности, он был активно использован в качестве обоснования подобных решений штатов после вспышки эпидемии Эбола.

²⁶ Official site of National conference of state legislatures. State quarantine and isolation statutes. Режим доступа: <https://www.ncsl.org/research/health/state-quarantine-and-isolation-statutes.aspx> (дата обращения: 02.05.2022).

²⁷ Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/#tab-opinion-1923815> (дата обращения: 02.05.2022).

²⁸ Compagnie Francaise v. Board of Health, 186 U.S. 380 (1902). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/186/380/> (дата обращения: 12.05.2022).

Распределение функций по предотвращению эпидемиологических бедствий между федеральным центром и штатами в пользу последних стало причиной разобщенных действий регионов, вводящих режим изоляции и иных противопандемийных мер по своему усмотрению. Как отмечает А.И. Черкасов, именно «непростые механизмы разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами порой затрудняли незамедлительный ответ на возникшую чрезвычайную ситуацию» (Cherkasov, 2022). Из 50 штатов самоизоляция была установлена только в 43 из них²⁹. Высокий уровень децентрализации национальной системы здравоохранения и мониторинга, предусмотренный законодательством США, при котором в каждом штате функционирует автономная система управления, не позволил осуществить своевременный общенациональный сбор данных и единовременные профилактические меры, в частности массовое тестирование на COVID-19.

В целом чрезвычайные меры, введенные в США в контексте пандемии COVID-19, по мнению исследователей, «были гораздо более мягкими, чем во многих странах. Так, исключительные меры, связанные с изоляцией граждан, редко были обязательными и только иногда применялись непосредственно властями. В целом эти меры были оставлены на усмотрение каждого штата для конкретного их введения и включали карантин, комендантский час и ограничения на поездки внутри страны, в то время как федеральное правительство предусматривало ограничения на поездки за границу» (Corradetti & Pollicino, 2021).

Анализируя причины экономических и социальных коллапсов, вызванных пандемией, С.С. Костяев отмечает, что «важным фактором, от которого зависит степень воздействия эпидемии коронавируса на экономику штатов, являются политические взгляды их губернаторов. Консервативные губернаторы не склонны к введению ограничительных мер, опасаясь их негативного влияния на экономику. Наоборот, либеральные губернаторы активны во введении жестких ограничений» (Kostyaev, 2021). В исследовании указывается и на различное поведение жителей штатов в зависимости от политического настроения руководства штатов в отношении ношения масок. К. Адольф также приходит к выводу, что ограничительные меры были «продиктованы партийными интересами, а не интересами общественного здравоохранения и научными рекомендациями, что привело к большим потерям для здоровья американцев» (Christopher et al., 2021). Исследование Т.В. Чубаровой и М.А. Шаровой применительно к зарубежным странам также подтверждает тезис о том, что «на масштаб, скорость распространения и результаты эпидемии в различных странах напрямую влияют действия государства по борьбе с пандемией» (Chubarova & Sharova, 2020).

Заключение

Результаты анализа правовых основ взаимодействия высших исполнительных и законодательных органов государственной власти, а также системы распределения полномочий в вопросах здравоохранения между федеральными органами власти и правительствами штатов, приводят к выводу о наличии корреляции между особенностями системы государственного управления в США, ее законодательным регулированием и негативными последствиями пандемии COVID-19, вызванными

²⁹ Страновой обзор: опыт США в борьбе с COVID-19. Департамент международного и регионального сотрудничества Счетной палаты Российской Федерации, 2020. Режим доступа: <https://ach.gov.ru/upload/pdf/USA.pdf> (дата обращения 10.06.2022).

нескоординированными действиями федеральных и региональных органов государственной власти.

Наличие громоздкой и разобщенной системы государственного реагирования на чрезвычайные ситуации, связанные с распространением инфекции, не позволило в короткие сроки реализовать комплекс необходимых для предотвращения распространения инфекции мер. Весьма ограниченные возможности Президента США, в частности, отсутствие полномочий для объявления режима изоляции, а также отсутствие необходимой в подобных условиях «вертикали» управления не позволили принять рекомендованные Всемирной организацией здравоохранения единовременных мер на территории всей страны.

В конечном итоге следует констатировать неэффективность исторически сложившейся излишне децентрализованной системы государственного управления в США и фактически прецедентной системы определения полномочий Президента в условиях пандемии, когда единство и централизация государственного механизма становятся необходимым условием предотвращения общенационального бедствия. При этом справедливо предположить, что последствия пандемии будут способствовать изменению конституционных правоотношений, трансформируя исторически сложившиеся традиции, во многих странах мира, в том числе, в США.

References / Список литературы

- Alferov, O.L. & Alferova, E.V. (2022) “Taming” the pandemic: legal approaches to the fight against coronavirus in Italy, the USA and China. *Social sciences and humanities. Domestic and foreign literature. Series 4: State and law.* (1), 153—165. <https://doi.org/10.31249/rgpravo/2022.01.12> (in Russian).
- Алферов О.Л., Алферова Е.В. «Укрощение» пандемии COVID-19: анализ правовых подходов борьбы с коронавирусом в Италии, США И Китае // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. 2022. № 1. С. 153—165. <https://doi.org/10.31249/rgpravo/2022.01.12>
- Burris, S., de Guia, S., Gable, L., Levin, D., Parmet, W.E. & Terry, N.P. (2021) The Legal Response to COVID-19: Legal Pathways to a More Effective and Equitable Response. *Journal of Public Health Management and Practice.* (27), 72—79.
- Cherkasov, A.I. (2022) Modern federalism in the context of the COVID-19 pandemic. *Comparative Constitutional Review.* 4(149), 110—128. (in Russian).
- Черкасов, А.И. Современный федерализм в условиях пандемии COVID-19 // Сравнительное конституционное обозрение. 2022. № 4(149). С. 110—128.
- Christopher, A., Amano, K., Bang-Jensen, B., Fullman, N. & Wilkerson, J. (2021) Pandemic Politics: Timing State-Level Social Distancing Responses to COVID-19. *Health Polit Policy Law.* 46(2), 211—233.
- Chubarova, T.V. & Sharova, M.A. (2020) Public Policy as a factor influencing spread of COVID-19 pandemic: lessons for Russia. *Public administration. Electronic bulletin.* 2020. (83), 84—107. <https://doi.org/10.24411/2070-1381-2020-10110> (in Russian).
- Чубарова Т.В., Шарова М.А. Государственная политика как фактор, влияющий на развитие пандемии COVID-19: выводы для России // Государственное управление. Электронный вестник. 2020. № 83. С. 84—107. <https://doi.org/10.24411/2070-1381-2020-10110>
- Cormacain, R. & Bar-Siman-Tov, I. (2020) Legislatures in the Time of Covid-19. *The Theory and Practice of Legislation.* (8), 3—9.
- Corradetti, C. & Pollicino, O. (2021) The «war» against COVID-19: State of exception, state of siege, or (constitutional) emergency powers?: The Italian case in comparative perspective. *German Law Journal.* 22(6), 1060—1071. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.48>
- Farber, D. (2004) Lincoln’s Constitution. Chicago, *University of Chicago Press.*
- Koenig, L. (1975) *The Chief Executive.* 3rd ed. New York, Harcourt Brace Jovanovich.

- Kostyaev, S.S. (2021) The US healthcare system in a pandemic and socio-demographic consequences of COVID-19. *Economic and social problems of Russia*. (2), 33—49. (in Russian).
Костяев С.С. Система здравоохранения США в условиях пандемии и социально-демографические последствия COVID-19 // *Экономические и социальные проблемы России*. 2021. № 2. С. 33—49.
- Latypova, N.S. (2021) History of emergency powers of the US Presidents: from Abraham Lincoln to Donald Trump. *Bulletin of Volgograd State University. Series 4: History. Regional studies. International relations*. 26(4), 193—211. <https://doi.org/10.15688/jvolsu4.2021.4.17>
- Latypova, N.S. (2022) Discussion on the causes of the Civil War in the USA (1861—1865): periodization of historiography. *Bulletin of Volgograd State University. Series 4: History. Regional studies. International relations*. 27(2), 8—20. <https://doi.org/10.15688/jvolsu4.2022.2.1>
Латыпова, Н.С. Дискуссия о причинах гражданской войны в США (1861-1865): периодизация историографии // *Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 4: История. Регионоведение. Международные отношения*. 2022. Т. 27. № 2. С. 8—20. Doi: 10.15688/jvolsu4.2022.2.1.
- Lungu, E.V. (2020) COVID-19 pandemic. New challenge for constitutional relations. *Law Enforcement Review*. 4(3), 69—75. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2020.4\(3\).69-75](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2020.4(3).69-75) (in Russian).
Лунгу Е.В. Пандемия COVID-19. Новый вызов конституционным отношениям // *Правоприменение*. 2020. №4(3). С. 69—75. [https://doi.org/10.24147/2542-1514.2020.4\(3\).69-75](https://doi.org/10.24147/2542-1514.2020.4(3).69-75)
- Scott, M. Jr. (2009) *Presidential Constitutionalism in Perilous Times*. Cambridge, Harvard University Press.
- Tessuto, G. (2005) Ambiguity and vagueness in human rights discourse. In: Bhatia, V.K., Engberg, J. Gotti, M. & Heller, D. (eds.). *Vagueness in normative texts*. Bern, Peter Lang. pp. 287—312.
- Tichenor, D.J. (2013) Historical set points and the development of U.S. Presidential emergency power. *Perspectives on Politics*. 11(3), 769—788. <https://doi.org/10.1017/S1537592713002132>
- Timonin, M.A. (2022) From the history of the constitutional opposition of the American states to privileges. *The rule of law: theory and practice*. 2(68), 169—179. <https://doi.org/10.33184/pravgos-2022.2.18> (in Russian).
Тимонин М.А. Из истории конституционного противостояния американских штатов привилегиям // *Правовое государство: теория и практика*. 2022. № 2(68). С. 169—179. <https://doi.org/10.33184/pravgos-2022.2.18>
- Weiss, A. (2021) Binding the bound: state executive emergency powers and democratic legitimacy in the pandemic. *Columbia law review*. 121 (6), 1853—1894.
- Wiley, L.F., Yearby, R. & Hammond, A. (2021) United States: legal response to COVID-19. In: King, J. & Ferraz, O. L.M. et al. (eds.). *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*. Oxford University Press.

Сведения об авторе:

Латыпова Наталья Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент, кафедра теории государства и права, Институт права, Уфимский университет науки и технологий; 450005, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 131

ORCID ID: 0000-0002-4583-3765

e-mail: marchrose@yandex.ru

About the author:

Nataliia S. Latypova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Law Institute, Ufa University of Science and Technology; 131 Dostoevsky str., Ufa, 450005, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-4583-3765

e-mail: marchrose@yandex.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>

EDN: FAKYGX

Научная статья / Research Article

Теория юридических сдержек: фактические границы правотворческих полномочий судьи с точки зрения неореалистической теории толкования

Д.А. Фаталиева  

Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Россия

 daria-soshnikova@yandex.ru

Аннотация. Для современной методологии судебного толкования характерна апология реалистического стиля судебной интерпретации. Основные тезисы реалистической теории толкования — волюнтаризм органа официального толкования и отсутствие значения нормативного текста, отличного от придаваемого ему официальным толкованием. В связи с тем, что данные тезисы фактически допускают суверенизацию судебной власти, судебный реализм сталкивается с обостренной критикой. Однако представители французской правовой доктрины отрицают возникновение тенденции к формированию нового суверена в лице судьи и выделяют особые факторы — юридические сдержки, которые обусловлены конфигурацией правовой системы и которые, хотя не являются нормативными обязательствами, сдерживают на практике аргументацию судей. Раскрываются основные положения теории юридических сдержек на основе работ французских ученых в области теории и философии права. Также, поскольку основным инструментарием реалистической теории толкования является эмпирический подход, положения теории юридических сдержек апробируются на примере практики органа международной юстиции — Европейского суда по правам человека. В частности, делается вывод о том, что соблюдение принципа субсидиарности и обращение к европейскому консенсусу могут быть рассмотрены в качестве примеров юридических сдержек. В результате анализа теории юридических сдержек автор соглашается с тем, что, хотя теория юридических сдержек дополняет реалистическую теорию толкования и может выступать инструментом для изучения политико-правового дискурса, ей присущи определенные ограничения. Так, теория юридических сдержек не предлагает объективных критериев для их выявления и отграничения от нормативных обязательств субъекта толкования, а также она, в целом, является описательной. Кроме того, природа юридических сдержек свидетельствует о том, что их соблюдение остается на усмотрение субъекта толкования, а значит, они не могут полностью исключить возможность его абсолютной дискреции.

Ключевые слова: методология судебного толкования, реалистический стиль судебной интерпретации, судебный активизм, теория юридических сдержек, судебный реализм, юридическая аргументация, орган аутентичного толкования, Европейский суд по правам человека

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Фаталиева Д.А., 2023



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

Дата поступления в редакцию: 20 сентября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Фаталиева Д.А. Теория юридических сдержек: фактические границы правотворческих полномочий судьи с точки зрения неореалистической теории толкования // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 368—382. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>

**The theory of legal restraints:
the actual limits of the judge's lawmaking power
from the perspective of the neorealist theory of interpretation**

Daria A. Fatalieva  

Saint Petersburg State University, *Saint-Petersburg, Russian Federation*

 daria-soshnikova@yandex.ru

Abstract. The modern methodology of judicial interpretation is characterized by an apology of the realistic style of judicial interpretation. The basic theses of the realistic theory of interpretation are the voluntarism of the author of official interpretation and the lack of the function of a normative text which is different from that attached by the official interpretation. As these theses actually allow the sovereignty of the judiciary, the judicial realism faces a justified criticism. However, representatives of the French legal doctrine deny the tendency to form a new sovereign in the person of the judge and highlight special factors — legal restraints which are due to the configuration of the legal system restrain judges' reasoning in practice, although they are not normative obligations. The article reveals the main points of the theory of legal restraints based on the works of French scholars in the theory and philosophy of law. Also, since the main tool of the realist theory of interpretation is an empirical approach, the provisions of the theory of judiciary restraints are tested on the example of the international justice practice — the European Court of Human Rights. In fact, we conclude that respect for the principle of subsidiarity and recourse to the European consensus can be seen as examples of legal restraints. As a result of the theory of judicial restraints analysis, the author agrees that although it complements the realist theory of interpretation and can act as a tool for studying political and legal discourse, it has certain limitations. For example, the theory of legal restraints offers no objective criteria for identifying and distinguishing them from the normative obligations of the author of interpretation, and is, in general, descriptive. Moreover, the nature of legal restraints shows that their observance remains at the discretion of the subject of interpretation and, therefore, they cannot completely exclude the possibility of his/her absolute discretion.

Key words: methodology of judicial interpretation, actual style of judicial interpretation, judicial activism, theory of legal restraints, judicial realism, legal reasoning, authority of authentic interpretation, European Court of Human Rights

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 20th September 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Fatalieva, D.A. (2023) The theory of legal restraints: the actual limits of the judge's lawmaking power from the perspective of the neorealist theory of interpretation. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 368—382. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>

Введение

В современной доктрине судебного толкования наиболее распространенным является реалистический стиль судебной интерпретации, среди основных признаков которого — волевая природа акта толкования и возможность автора толкования апеллировать к метаюридическим аргументам. Наиболее радикальная версия реалистического стиля судебной интерпретации, разработанная французским конституционалистом Мишелем Тропером в рамках неореалистической теории толкования, полностью отрицает наличие смысла у нормативного текста, выступающего объектом толкования, до акта его толкования. Автор толкования фактически оказывается наделен полномочиями по созданию правовых норм.

Соответственно, предполагаемая реалистическим стилем судебной интерпретации свобода автора толкования от границ задаваемого правовым текстом значения, с одной стороны, позволяет ему отказаться от верного с формально-юридической точки зрения, но вместе с тем социально несправедливого решения, но с другой стороны, фактически наделяет судью неограниченными полномочиями по произвольному определению того, что является правом.

Однако представители реалистической теории не соглашаются с тезисом о возможной тенденции к «правлению судей», поскольку он не подтверждается эмпирически. Наличие фактических границ правотворческих полномочий автора толкования с точки зрения неореализма объясняется с помощью теории юридических сдержек. Указанная теория предлагает характеристику факторов, сдерживающих дискрецию автора толкования в контексте реалистического стиля интерпретации, которые обусловлены особенностями правовой системы и вынуждают автора толкования принять наиболее эффективное и разумное решение.

В статье будут рассмотрены основные положения теории юридических сдержек, а также изложены результаты их верификации на примере практики Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд).

О неореалистической теории толкования

Развитие во второй половине XX века институтов конституционного и конвенционного правосудия обострило противостояние двух стилей (стратегий) судебной интерпретации¹ — формализма и реализма, и заложило основу для распространения последнего (Timoshina (ed.), 2022:11—20). Сложившийся исторически первым формалистский подход к судебной интерпретации демонстрирует верность идеалу строгого нормативного обоснования решения, которое может быть реконструировано

¹ Понятие «стиль судебной интерпретации» было сформулировано датским правоведом А. Россом. Он выделял (относительно) ограниченный и (относительно) свободный стили интерпретации — в зависимости от степени признания свободы судьи в процессе толкования правовых директив, объективный и субъективный стили — в зависимости от степени использования судьей в процессе толкования факторов, отличающихся от текста закона (Ross, 2019).

как дедуктивный вывод. Реалистический стиль судебной интерпретации, напротив, противопоставляет себя формализму и считает возможным для судьи апеллировать к метаюридическим аргументам, находящимся во внешней по отношению к позитивному праву реальности (Timoshina, 2017).

В современной доктрине реализм в его наиболее радикальной версии обоснован французским конституционалистом Мишелем Тропером в рамках неореалистической теории толкования, согласно которой значение нормативному тексту придается в процессе его толкования уполномоченным органом; какое-либо иное значение, отличное от придаваемого тексту в результате толкования, отсутствует. Положения неореалистической теории М. Тропера уже анализировались в работах российских ученых (Timoshina, 2016:50—61; Antonov, 2015a:116—131; Antonov, 2015b:17—22), в данной статье рассматривается важное дополнение неореалистической теории — теория юридических сдержек как особых факторов, которые сдерживают аргументацию² судей.

Реалистическая теория Тропера развивается на основе эмпирического прочтения теории толкования Г. Кельзена (Lukovskaya, 2014:249; Pfersmann, 2011:221), при этом в числе преимуществ реалистической теории отмечается используемая Тропером методология — критическая оценка правового идеализма и «доктринизма», использование лингвистического анализа и эмпирического теста: «каковы доступные наблюдению данные, подтверждающие данное утверждение? С помощью какого акта окончательно разрешается этот вопрос?» (Pfersmann, 2011:224). Сам Тропер определяет реалистическую теорию толкования как «скептическую»³ (Troper, 2012:93), и выражает ее в трех ключевых тезисах: 1) толкование — акт волеизъявления, а не функция познания; 2) объектом толкования являются формулировки или факты, а не нормы права; 3) осуществляющие толкование субъекты наделены специфической властью (Troper, 2006:137).

Тропер, вслед за Кельзеном, считает, что необходимым свойством лингвистических высказываний (представляющих текстуальное выражение нормы) является неопределенность, создающая поле для усмотрения автора толкования (Tusseau, 2012:45—46). При этом поскольку в теории толкования отсутствует объективный критерий, позволяющий выбрать один из результатов, к которым приводят различные методы толкования, выбор из такого множества доступных вариантов толкования может быть осуществлен автором толкования только волюнтаристски (Troper, 2006:138; Troper, 2012:99), иными словами, толкование является волевой деятельностью.

² В то время как толкование представляет собой деятельность (познавательную или, согласно реализму, волевою), в результате которой познается и/или устанавливается смысл правовой нормы, аргументация заключается в обосновании того, что избранный вариант толкования является правильным с юридической точки зрения. Так, заявление судьи о том, что «раздел X Закона Z означает N», как правило, будет сопровождаться аргументом, обосновывающим результат толкования (N) как верное толкование положения D с учетом контекста C. Таким образом, может быть выделен результат толкования в узком смысле — правовая норма, которая приводится автором толкования в качестве «правильного» значения толкуемого нормативного положения, и результат толкования в широком смысле — «правильное» значение нормативного положения и обосновывающие его аргументы (см., напр.: Chiassoni & Feteris, 2016:561—562).

³ Имеется в виду скептицизм в отношении возможности доктринального юридического толкования, рассматривающего процесс интерпретации в качестве акта познания.

Необходимо отметить, что предметом рассмотрения реалистической теории толкования является аутентичное толкование⁴, т.е. толкование, которое осуществляется в процессе правоприменительной деятельности, влечет за собой юридические последствия и не подлежит оспариванию в судебном порядке. Так, субъектами аутентичного толкования являются, в первую очередь, высшие судебные инстанции, в отдельных случаях также иные органы государственной власти⁵. В свою очередь, нижестоящие суды должны следовать позиции высших инстанций, по крайней мере, в той части, в которой их решение может быть обжаловано. Для таких судов толкование будет являться когнитивной деятельностью, сравнимой с толкованием, осуществляемой индивидами при соблюдении правовых норм (Tropet, 2011a:199—200).

Соответственно, правовые нормы создаются в результате толкования, благодаря которому устанавливается значение соответствующих лингвистических высказываний, и не существуют до акта толкования (Tropet, 2011a:198, 201); основанием действительности нормы становится ее создание в результате толкования (Tropet, 2006:140). Тропер, цитируя епископа Холди⁶, признает наличие у субъекта толкования *de facto* законодательных полномочий. Так, конституционный суд выступает соучредителем конституции, поскольку обладает правом ее свободного истолкования, как в случае наличия, так и при отсутствии определенных формулировок (например, при провозглашении неписаных принципов) (Tropet, 2006:142).

Одним из типичных примеров судебного реализма, рассматриваемых французскими учеными, является постановление Конституционного суда Южной Африки, принятое 1 декабря 2005 года в контексте борьбы с дискриминацией однополых отношений. Предметом рассмотрения суда стало закрепленное в статье 30(1) Закона о браке от 1961 года определение брака, которое эксплицитно включало термины «жена» (*wife*) и «муж» (*husband*). Конституционный суд, с одной стороны, признал нарушение конституционных принципов достоинства личности и равенства в отношении однополых пар, но, с другой стороны, приостановил применение решения о неконституционности оспариваемого положения на один год, чтобы обеспечить возможность парламенту изменить законодательную позицию по рассматриваемому вопросу. Если бы парламент не пришел к решению о внесении соответствующих законодательных изменений, статья 30(1) Закона о браке рассматривалась бы как включающая в определение брака гендерно-нейтральную фразу «или супруг» после слов «или муж». Такой закон был утвержден и подписан за день до истечения установленного срока (Tusseau, 2012:43—44).

В данном случае Конституционный суд выходит за пределы полномочий органа конституционной юстиции, характеризуемого Кельзенем в качестве «негативного

⁴ Определение реалистами «аутентичного толкования» отличается от его общепринятого в отечественной теории права определения как толкования, которое осуществляется органом, издавшим толкуемый нормативный текст (см. об этом, напр.: Kelsen, 2015:428).

⁵ При этом понятие правоприменительного органа М. Тропером не определено. О. Пферсманн отмечает, что в рамках неореалистической теории отсутствует явно сформулированное понятие «орган», она отсылает к «интуитивным данным» и отмечает в качестве отличительной черты рассматриваемых органов как субъектов толкования то, что они создают акты аутентичного толкования в процессе правоприменения. Пферсманн, критикуя положения реалистической теории, указывает, что такие органы являются «аутопойетическими», поскольку создают не только нормы права, но и определяют собственную компетенцию (Pfersmann, 211:266—267).

⁶ «Тот, кто располагает абсолютным полномочием толкования писаного и неписаного права, является настоящим его творцом, творцом его предназначения и целей, каким не является тот, кто первый записал и озвучил соответствующие нормы» (Цит. по: Tropet, 2006:142).

законодателя», поскольку принятое решение не отменяет оспариваемую норму, а распространяет ее действие на дополнительную категорию субъектов, что фактически превращает Конституционный суд в «позитивного законодателя». При этом в рассматриваемом примере законодательный орган оказался в подчиненном положении — Конституционный суд определил, какие изменения должны быть внесены в нормативный правовой акт, в какой срок, а также последствия неосуществления этих действий (сфера применения закона в любом случае должна быть расширена) (Tusseau, 2012:44—45).

Соответственно, реалистическая теория вызывает обоснованную критику как фактически допускающая суверенизацию судебной власти, сопряженную с освобождением судьи от связанности смыслом позитивных правовых текстов, изданных законодательным органом власти (Timoshina, 2016:50—61). Однако представители реалистической теории, опираясь на эмпирический опыт, отрицательно отвечают на справедливый вопрос о возникновении тенденции к правлению судей.

Теория юридических сдержек: основные положения

Реалисты признают, что теоретически судебный реализм допускает юридическую действительность любого произвольного решения о смысле определенного высказывания, принятого субъектом аутентичного толкования. Однако этот тезис не подтверждается эмпирически ни с количественной, ни с качественной точек зрения: во-первых, большинство судебных решений по сходным делам содержат одинаковую правовую позицию, решения с отклоняющейся правовой позицией являются маргинальными случаями; во-вторых, смысл решений не кажется «произвольным», если под этим понимаются отклонения от классических способов юридической аргументации (Millard, 2012:26).

В рамках реалистической теории данное противоречие объясняется наличием некоторых факторов, влияющих на выбор субъекта толкования, — юридических сдержек⁷ (*contraintes juridiques*) (Millard, 2012:26). Согласно теории юридических сдержек⁸ они представляют собой фактические ситуации, в которой правовой актор оказывается вынужден принять определенное решение или действовать определенным образом в связи с конфигурацией правовой системы, которую он создает или в рамках которой он действует (Millard, 2012:93).

Наличие юридических сдержек не противоречит положениям реалистической теории толкования. Тропер отмечает, что свобода субъекта аутентичного толкования в юридическом смысле представляет собой дискреционное полномочие наделять принимаемые нормы определенным значением, которое в любом случае будет признано действительным, что при этом не исключает того, что выбор данного значения подтвержден влиянию различных факторов (Тропер, 2011b:191).

При действиях субъекта толкования в рамках правовой системы его умозаключение включается в совокупность уже существующих и используемых данным субъектом толкования и иными органами концепций, в связи с чем его непрямые обязательства связаны с необходимостью учитывать возможные решения других звеньев

⁷Также используется перевод термина как «аргументативные сдержки» (Antonov, 2015a:116—131), «непрямые обязательства» (Тропер, 2006:136—137).

⁸ Теория юридических сдержек была разработана в рамках исследований, проведенных учеными Центра теории и анализа права (Centre de Théorie et Analyse du Droit) в Нантре.

системы (Troper, 2006:143). Он связан юридическим понуждением в широком смысле — необходимостью действовать наиболее разумным и эффективным образом. В частности, если стабильная практика способствует возможности определять содержание законодательства в будущем, то при принятии произвольных решений судья рискует потерять такую возможность и поставить под сомнение свою легитимность. Иными словами, верование судьи в свою «связанность» вытекает из практической необходимости, которая, в свою очередь, понуждает судью следовать своей практике и повторно использовать свои методы толкования.

Так, в качестве метафоры, объясняющей теорию юридических сдержек, М. Тропер и В. Шампей-Депла (*V. Champeil-Desplats*) используют игру в шахматы. Несмотря на то, что правила игры обычно позволяют шахматисту сделать несколько возможных в рамках правил игры ходов, в случае если только один ход позволит избежать поражения, шахматист выберет именно его. В необходимости принять такой ход проявляется «сдержка», которая вызвана не внешними по отношению к игре обязательствами (особенности психологии, религиозные и идеологические убеждения игрока), но внутренними факторами — самой системой шахмат и конкретной ситуацией, разворачивающейся на шахматной доске (Jouanjan, 2011:31).

Кроме того, субъект толкования не является единственным «игроком». Автор конкретного акта толкования вынужден учитывать, что тот же нормативный текст (например, конституция) может стать объектом толкования иного органа аутентичного толкования (Tusseau, 2012:45—46). С связи с этим теория юридических сдержек предлагает понятие *homo juridicus* — рационального автора толкования, который хотя и обладает, на первый взгляд, неограниченной властью по созданию правовых норм в процессе толкования нормативных текстов, тем не менее использует свои полномочия так, чтобы сохранить или улучшить свое положение в рамках правовой системы (Tusseau, 2012:50).

Примеры юридических сдержек

Поскольку особенностью реалистической теории, включая теорию юридических сдержек, выступает эмпирический взгляд на право и методологию судебного толкования, обратимся к примерам для иллюстрации теории юридических сдержек. Представители судебного реализма разграничивают юридические сдержки на внешние (возможная реакция представителей других органов власти) и внутренние (необходимость обоснования решений) сдержки (Le Coustumer, 2002:172).

В качестве примера юридической сдержки (которую возможно соотнести с внутренними юридическими сдержками) представителями реалистической теории указывается правило статьи 20 постановления Конституционного совета Франции (*Conseil constitutionnel*) от 7 ноября 1958 года, обязывающее (в случае соответствующего истолкования нормативного текста) членов Конституционного совета Франции приводить обоснование значения, придаваемого ими нормативным текстам, а также принципов, на которые они ссылаются. Согласно Троперу такое решение будет социально обоснованным и разумным. Здесь может возникнуть логичный вопрос о том, каким образом судья может мотивировать свое решение, если нормативный текст не обладает предустановленным значением до его толкования. Исследователи реалистической теории объясняют отсутствие противоречия следующим образом: Тропер не говорит об отсутствии у текста изначального значения, ученый указывает

на то, что в процессе аутентичного толкования судья выбирает из нескольких субъективных значений текста или принципа и принимает окончательное решение об их объективном значении (Le Coustumer, 2002:173—174).

Однако указанный пример подчеркивает, что выявление юридических сдержек как факторов, сдерживающих дискрецию автора аутентичного толкования, представляет определенную сложность. Несмотря на то, что юридические сдержки обособлены от всех других факторов тем, что проистекают из «конфигурации правовой системы» (Alland, 2012:94), отсутствуют сформировавшиеся критерии по их выявлению, а также единое понимание того, на что конкретно направлено «сдерживание».

Другим излюбленным примером реалистов выступает постановление Государственного совета (*Conseil d'État*) Франции по делу Конэ (*Koné*). Заявитель обжаловал правомерность указа об экстрадиции на основании того, что он был принят государством по политическим мотивам. В то же время международный договор, заключенный между Францией и государством-ответчиком, не содержал данное основание в качестве эксплицитного исключения из общего правила о необходимости рассматривать каждое требование о выдаче. Иными словами, формальные основания для обжалования у ответчика отсутствовали. Тем не менее, Государственный совет обратился к «фундаментальному правовому принципу, признанному законами Республики», в соответствии с которым выдача по политическим мотивам запрещена. Таким образом, в данном деле юридическая сдержка вынуждает автора толкования сослаться на «фундаментальный правовой принцип» с тем, чтобы обосновать неприменение положений международного договора (Alland, 2012:95).

С точки зрения реалистов речь идет именно о юридической сдержке в контексте реалистического подхода, поскольку применение положений закона в данном случае было бы невозможно в связи с обладанием нормами международного права большей юридической силой по сравнению с нормами национального права. При этом в данном случае необходимость использования конституционного принципа для обоснования принятого Государственным советом решения также затрагивает аспект действительности данного решения (Alland, 2012:96), что размывает различия между формалистским и реалистическим подходом.

Отдельными учеными теория юридических сдержек также рассматривается как источник определенных этапов процесса нормотворчества, поскольку автор толкования может оказаться вынужденным выбрать определенный вариант толкования нормативного положения, придав ему значение нормы права, прибегнуть к определенным аргументам, концепциям, иным источникам права (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:16).

Так, юридические сдержки определяют выбор определенного варианта толкования лингвистического высказывания и решение о том, будет ли оно наделено юридической силой правовой нормы. Один из таких примеров предлагает конституционное право Франции: в 1962 году Ш. де Голль предполагал внести изменения в процедуру выбора Президента Республики и внедрить прямое всеобщее избирательное право, для чего требовалось воспользоваться процедурой, предусмотренной статьей 89 Конституции, в соответствии с которой принятие решений о внесении поправок в Конституцию принималось квалифицированным большинством голосов в Конгрессе. Однако Ш. де Голль воспользовался возможностью избежать противостояния со стороны законодательного органа власти путем толкования статьи 11

Конституции как допускающей проведение референдума в том числе по вопросам пересмотра положений Конституции (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:15).

Также конфигурация правовой системы может приводить к использованию определенной линии аргументации или определенных аргументов. Так, в случае если возникает коллизия между двумя нормами права, обладающими равной юридической силой, она может быть разрешена путем обращения к «метапринципам», которые могут быть как материальными (в частности, ссылки на фундаментальный характер некоторых прав), так и процессуальными (например, постулат о том, что «коллизии между конституционными нормами должны разрешаться в каждом конкретном случае»). Выбор между конкретными метапринципами также осуществляется исходя из особенностей конфигурации правовой системы или представлений правовых акторов о характере их полномочий (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:15—19).

Кроме того, юридические сдержки могут приводить к формулированию новых теорий и концепций. Один из примеров, подтверждающих данный тезис, — концепция демократии, которая может пониматься как формально — в качестве системы, в которой полномочия по созданию правовых норм принадлежат народу (его избранным представителям), так и содержательно — как набор ценностей, которые подлежат защите и предполагают наличие конституционного судьи. Подобная концепция демократии сформировалась в том числе исходя из институционального места, которое занимают конституционные судьи, и их политической роли (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:18).

Наконец, учеными отмечается, что правовая система обуславливает ссылки на определенные источники права. Например, таким образом объясняется, что решения Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд) учитываются (эксплицитно или имплицитно) Конституционным советом (*Conseil constitutionnel*), Государственным советом (*Conseil d'État*) или Кассационным судом (*Cour de cassation*). Субъекты права (в том числе судьи) могут быть вынуждены скрыть творческий элемент своей деятельности или пытаться избежать принятия решения, которое будет выглядеть очевидно политическим. Так, в решении Конституционного совета (*Conseil constitutionnel*) в отношении закона, разрешающего аборт, Конституционный совет отказался рассматривать вопрос соответствия закона статье 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — «Конвенция») и обосновал принятое решение при толковании статьи 62 Конституции, сформулировав новую правовую норму. В соответствии с ней полномочия по конституционному контролю были ограничены проверкой соответствия законов положениям Конституции, но не положениям международных договоров (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:19).

Примеры из практики ЕСПЧ

С учетом того, что реалистический стиль интерпретации наиболее явно проявляется на примере практики органов международной юстиции, для которых характерна волюнтаристская природа толкования и свобода автора толкования (Alland, 2012:87,89), предлагается рассмотреть примеры из практики ЕСПЧ. Как и иные субъекты толкования в международном публичном праве, ЕСПЧ представляет собой, в терминологии Тропера, орган аутентичного толкования, поскольку его решения порождают юридические последствия внутри правовых систем Совета Европы и не

могут быть пересмотрены. Более того, учеными и самим Судом отмечается «конституционный» характер деятельности ЕСПЧ, поскольку Конвенция представляет собой «конституционный» инструмент для европейского публичного порядка (Greer & Wildhaber, 2012; 667—670; Gerards & Senden, 2009)⁹.

Решения ЕСПЧ как органа наднациональной юстиции оказывают влияние на правовые системы государств — членов Совета Европы. При этом Суд не обладает механизмом юридического принуждения и *de facto* вынужден «убедить» государство-ответчик в законности, обоснованности и справедливости вынесенного решения, поскольку в противном случае государство может сделать выбор в пользу его неисполнения. Данный риск потенциально может быть рассмотрен в качестве «внешнего» сдерживающего фактора для аргументации Суда. Соответственно, юридические сдержки, проистекающие из системы конвенционного механизма, связаны с необходимостью легитимации решений ЕСПЧ для их последующего исполнения государством-ответчиком.

В качестве примеров таких юридических сдержек возможно выделить соблюдение выработанных в практике Суда¹⁰ принципов субсидиарности (*subsidiarity*) и свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*), в основе которых — прямая демократическая легитимация национальной власти, способной лучше, чем международный суд, определить местные интересы и потребности¹¹.

В контексте прав человека выделяется три плоскости субсидиарности. Во-первых, «процедурная» (*procedural*) субсидиарность, т.е. компетенция Суда рассматривать дела, связанные с нарушением прав человека, которая проявляется в правиле об исчерпании внутрисударственных средств защиты (п. 1 ст. 35 Конвенции), а также в необходимости соблюдения условий допустимости жалобы (ст. 1, ст. 34, п. 2 ст. 35 Конвенции) (Besson, 2016:79). Во-вторых, материальная (*substantive*) субсидиарность определяет содержание пересмотра Судом принятых государством-ответчиком мер и складывается из доктрины «четвертой инстанции» (*forth-instance doctrine*)¹² и свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*).

В основе принципа свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*), наиболее распространенного элемента материальной субсидиарности, — прямая демократическая легитимация национальной власти, способной лучше, чем международный суд, определить местные интересы и потребности¹³. При этом представители государства-ответчика должны обосновать, что принятое ими решение учитывало права и свободы, предусмотренные Конвенцией (Besson, 2016:81).

⁹ ECtHR. *Loizidou v. Turkey*. Application no. 15318/89. Judgment of 23 March 1995. § 75.

¹⁰ Со вступлением в силу Протокола № 15 к Конвенции принцип субсидиарности и свобода усмотрения государств получили свое закрепление на уровне преамбулы Конвенции.

¹¹ См., напр.: ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11. Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014, § 129.

¹² Доктрина четвертой инстанции подразумевает, что ЕСПЧ обладает ограниченными полномочиями по пересмотру решений национальных судов и не вправе выступать по отношению к ним четвертой инстанцией — его задачи сводятся к проверке того, чтобы национальные решения не были бы очевидно неразумными или произвольными. Пересмотр фактов, установленных в решениях национальных судов, возможен только, если решения нарушают Конвенцию (Besson, 2016:80).

¹³ См., напр.: ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11. Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014, § 129.

Наконец, субсидиарность в контексте средств правовой защиты (*remedial*) подразумевает, что выбор средств правовой защиты принадлежит государству-ответчику (Besson, 2016:82).

В качестве юридической сдержки предлагается рассмотреть субсидиарность в ее материальном аспекте, поскольку именно в рамках нее формируется аргументация Суда. Кроме того, материальная субсидиарность не являлась нормативным обязательством Суда (до вступления в силу Протокола № 15 к Конвенции) и представляла собой «непрямое обязательство», связанное с системой конвенционного механизма.

Для обоснования отступления от принципа субсидиарности и, в частности, от принципа свободы усмотрения государств Суд обращается к европейскому консенсусу (*europaean consensus*). Последний определяется в практике Суда как сформировавшийся среди большинства государств Совета Европы единый подход к определенным правилам и принципам, отраженный в национальном и межнациональном законодательстве и в правоприменительной практике (Dzehtsiraou, 2011:1733).

В отдельных случаях, когда европейский консенсус, как в большей или меньшей степени единый подход законодательства и правоприменительной практики государств Совета Европы к оспариваемой заявителем мере, еще находится в процессе формирования, Суд обращается к опыту других стран и учитывает «продолжающуюся международную тенденцию» (*continuing international trend*) в отношении такой меры. Например, в деле «Шеффилд и Хоршам против Соединенного Королевства» ЕСПЧ отказался признать нарушение статьи 8 Конвенции в случае невозможности изменить свидетельство о рождении после операции по смене пола. Суд указал, что не может отклониться от предшествующей практики, так как транссексуализм продолжает вызывать сложные научные, правовые, моральные и социальные вопросы, к которым отсутствует единый подход среди государств-членов¹⁴.

При этом в деле «И. против Соединенного Королевства» Суд признал нарушение прав заявителя в аналогичных обстоятельствах в том числе в связи с установлением продолжающейся международной тенденции по юридическому признанию смены пола и по защите прав указанных лиц¹⁵.

Однако в отдельных случаях ЕСПЧ отдает приоритет свободе усмотрения государства и отступает от следования формирующемуся европейскому консенсусу. Например, в деле «А., Б. и Ц. против Ирландии» ЕСПЧ отметил неприменимость европейского консенсуса, так как запрет аборта был вызван выражением ценностных ориентиров народа Ирландии путем проведения референдумов¹⁶.

Ограничения теории юридических сдержек

Некоторые положения теории юридических сдержек позволяют сделать вывод о наличии ограничений рассматриваемой теории. Так, в рамках теории юридических сдержек не сформулированы объективные критерии для выявления юридических

¹⁴ ECtHR. *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*. Application no. 31—32/1997/815—816/1018—1019). Judgment of 30 July 1998, § 58.

¹⁵ ECtHR. *I. v. the United Kingdom*. Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 64. — Аналогичная позиция была принята Судом в деле «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (ECtHR. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002. § 84).

¹⁶ ECtHR. *A, B and C v Ireland*, Application No 25579/05, Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010, § 235—239.

сдержек. С одной стороны, юридические сдержки как непрямые обязательства должны быть отграничены от нормативных обязанностей автора толкования в рамках формалистского стиля интерпретации, что особенно характерно для внутренних сдержек, поскольку им также присуща необходимость обосновать принимаемое решение. Как было рассмотрено выше, в цитируемых реалистами примерах, такое разграничение явно не прослеживается — фактически единственным отличием от формалистского стиля становится отрицание в рамках реалистической теории формально-юридической обязательности интерпретируемого нормативного текста до акта его толкования и, соответственно, большая свобода автора аутентичного толкования при выборе обоснования. С другой стороны, также не определены признаки, разграничивающие юридические сдержки, проистекающие из конфигурации правовой системы, и иные внеправовые факторы, влияющие на аргументацию судей.

В связи с вышеуказанным необходимо согласиться с О. Жуанжаном. Ученый отмечает, что, как правило, «обязательство» и «сдержка» отличаются тем, что первое находится в области правовых норм, а последнее — в области фактов. Однако это различие не всегда выдерживается в рамках реалистической теории. Если вернуться к метафоре с игрой в шахматы — сдержка для игрока в шахматы проявляется в ситуации на шахматной доске, которая создается серией предыдущих ходов, сыгранных в соответствии с правилами игры в шахматы. С одной стороны, различие между сдержкой и обязательством сохраняется с точки зрения того, что игрок вправе выбрать проигрышный для себя ход. Но с другой стороны, остается вопрос о том, почему игрок обязан в принципе следовать правилам игры в шахматы (Jouanjan, 2012:35—36).

В качестве еще одного ограничения теории юридических сдержек выделяется ее описательный характер. Так, Э. Мийяр отмечает, что теория юридических сдержек по своей сути является исторической наукой о юридических фактах (эмпирических выражениях норм или реконструкции таких выражений в качестве системы), которая, хотя и является правдоподобной, тем не менее не поддается проверке (Millard, 2012:35). В то же время, с точки зрения Мийяра, юридические сдержки представляют собой инструмент, который позволяет изучить динамику политико-правового дискурса и объяснить ограничения аргументации (Millard, 2012:39—40). Приведенные тезисы ученого объясняют отсутствие четко сформулированных критериев для выявления юридических сдержек — задача по их формулированию и не ставится перед теорией юридических сдержек в силу ее описательности.

Кроме того, важно подчеркнуть, что несмотря на фактическое влияние юридических сдержек на принятие решения автором толкования, отсутствие нормативного характера юридических сдержек допускает их соблюдение по усмотрению судьи. Соответственно, власть судьи (как субъекта аутентичного толкования) «*измеряется его умеренностью*» (Tropet, 2011b:193,195) и степенью его рациональности.

Заключение

Теория юридических сдержек представляет собой важный элемент неореалистической теории толкования, поскольку она демонстрирует существование границ юридической свободы субъекта аутентичного толкования, несмотря на наличие у него *de facto* правотворческих полномочий, описывает некоторые примеры

юридических сдержек, а также учитывает политико-правовые аспекты взаимодействия субъектов аутентичного толкования между собой и с третьими лицами.

Обращение к практике ЕСПЧ также подтверждает наличие в решениях Суда факторов, сдерживающих его аргументацию. В качестве примера «юридических сдержек», проистекающих из системы конвенционного механизма и распространенных в решениях ЕСПЧ, выступает соблюдение Судом принципа subsidiarity, а также ссылки на европейский консенсус.

Вместе с тем, как отмечено выше, теория юридических сдержек не предлагает объективных критериев, которые позволили бы, с одной стороны, отграничивать сдержки, то есть непрямые обязательства, от нормативных обязанностей автора толкования (за исключением отрицания в рамках реалистической теории формально-юридической обязательности интерпретируемого нормативного текста до акта его толкования), а с другой стороны, определить признаки, разграничивающие юридические сдержки, проистекающие из конфигурации правовой системы, и иные внеправовые факторы, которые учитываются судьями в аргументации.

В то же время, основным критическим замечанием является то, что в силу своей природы юридические сдержки не могут полностью исключить абсолютную дискрецию автора толкования. Таким образом, возникающий в связи с положениями неореалистической теории толкования вопрос о тенденции к «правлению судей» остается открытым.

References / Список литературы

- Alland, D. (2012) *Théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public*. *Droits*. (55), 85—102. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0085> (in French).
- Antonov, M.V. (2015a) M. Troper's Neorealist Conception and Debates of Legal Propositions in French Legal Doctrine. In: Kasatkin, S.N. (ed.). *Problems of Methodology and Philosophy of Law*. Samara, Samara Humanitarian Academy. pp. 116—131. (in Russian).
Антонов М.В. Неореалистическая концепция М. Тропера и спор о правовых суждениях во французской правовой доктрине // Проблемы методологии и философии права / под редакцией С.Н. Касаткина. Самара: Самарская гуманитарная академия, 2015. С. 116—131.
- Antonov, M.V. (2015b) About Theory of Constitutional Interpretation by Michel Troper and His Debates with Otto Pfersmann. *Scientific Search*. (1.3), 17—22. (in Russian).
Антонов М.В. О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и о его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. 2015. № 1.3. С. 17—22.
- Besson, S. (2016) Subsidiarity in International Human Rights Law — What is Subsidiary about Human Rights? *The American Journal of Jurisprudence*. 61(1), 69—107. <https://doi.org/10.1093/ajj/auw009>
- Brunet, P. & Champeil-Desplats, V. (2012) La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit. In: Cartuyvels, H., Dumont, H., Gérard, Ph., Hachez, I., Ost, Fr. & van de Kerchove, M. (eds.) *Les sources du droit revisités*. Bruxelles, F.U.S.L., Louvain-la-Neuve, Anthémis. pp. 1—21. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.2276> (in French).
- Chiassoni, P. & Feteris, E. (2016) A Note on Terminology and Purpose. In: Pattaro, En. & Roversi, C. (eds.). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. 12(1), Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. pp. 561—564.
- Dzehtsiraou, K. (2011) European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*. 12(10), 1730—1745. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017533>

- Gerards, J.H., & Senden, H.C.K. (2009) The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *International Journal Of Constitutional Law*, 7(4), 619—653. <https://doi.org/10.1093/icon/mop028>
- Greer, S. & Wildhaber, L. (2012) Revisiting the Debate about ‘constitutionalizing’ the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 12(4), 655—687. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs034>.
- Jouanjan, O. (2011). La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes. *Droits*. (54), 27—48. <https://doi.org/10.3917/droit.054.0027>. (in French).
- Kelsen, H. (2015) *Pure Theory of Law*. Transl. from German by Antonov, M.V. & Lyozov, S.V. Saint Petersburg, Alef Press Publ. (in Russian).
Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова // СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
- Le Coustumer, J. (2002) Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques. *Droits*. (36), 161—182. <https://doi.org/10.3917/droit.036.0161> (in French).
- Lukovskaya, D.I. (2014) To the Evolution of Views on the Magisterial Law in French Jurisprudence (Late 18th Century — First Quarter of the 19th Century). *Pravovedenie*. (4), 237—250. (in Russian).
Луковская Д.И. Об эволюции взглядов на судебское право во французской юриспруденции (конец XVIII — первая четверть XX века) // Правоведение. 2014. № 4. С. 237—250.
- Millard, É. (2012) Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité. *Droits*. (55), 23—40. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0023> (in French).
- Pfersmann, O. (2011) Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. Transl. from French by Antonov, M.V. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 218—272. (in Russian).
Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с франц. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 218—272.
- Ross, A. (2019) *On Law and Justice*. Holtermann, J. v. H. (ed). Oxford, Oxford University Press.
- Timoshina, E.V. (2017) The methodology of judicial interpretation: genesis and evolution of the realist approach. *Pravo i politika*. (12), 1—13. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2017.12.25079> (in Russian).
Тимошина Е.В. Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. 2017. № 12. С. 1—13. https://doi.org/10.7256/2454-0706.2017.12.25079
- Timoshina, E.V. (2016) Judge as a new sovereign: voluntaristic interpretation theory of M. Troper. *RUDN Journal of Law*. (2), 50—61. (in Russian).
Тимошина Е.В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50—61.
- Timoshina, E.V., Vasilieva, N.S., Kraevsky, A.A., Kondurov, V.E. & Soshnikova, D.A. (2022) *Strategies of Judicial Interpretation and Principles of Law: Handbook*. Timoshina, E.V. (ed.). Saint-Petersburg, the Publishing House of Saint-Petersburg State University. 362 p. (in Russian).
Тимошина Е.В., Васильева Н.С., Краевский А.А., Кондуров В.Е., Сошникова Д.А. Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / под ред. Е.В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2022. 362 с.
- Troper, M. (2006) Realistic theory of interpretation. *International Journal of Constitutional Law*. 1(54), 136—143. (in Russian).
Тропер М. Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1(54). С. 136—143.
- Troper, M. (2011a) Kelsen, the theory of interpretation and the structure of the legal order. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 196—204. (in Russian).

Тропер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196—204.

Troper, M. (2011b) Freedom of interpretation for the constitutional judge. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 184—195. (in Russian).

Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. Т. 4. С. 184—195.

Troper, M. (2012) Constitutional Interpretation. *Pravovedenie*. 4(303), 88—103. (in Russian).

Тропер М. Конституционное толкование // Правоведение. 2012. № 4(303). С. 88—103.

Tusseau, G. (2012) Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques — ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison. *Droits*. (55), 41—84. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0041> (in French).

Сведения об авторе:

Фаталиева Дарья Александровна — аспирант Санкт-Петербургского государственного университета по направлению «Юриспруденция», Российская Федерация, 199034, г. Санкт-Петербург, Университетская наб., 7—9

ORCID ID: 0000-0002-7590-7868

e-mail: daria-soshnikova@yandex.ru

About the author:

Daria A. Fatalieva — Postgraduate student of the Saint Petersburg State University in Law; 7—9 Universitetskaya nab., Saint Petersburg, 199034, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7590-7868

e-mail: daria-soshnikova@yandex.ru

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-383-396>
EDN: GEZWVN

Научная статья / Research Article

Понятие и особенности административного регламента как источника российского права

В.А. Назайкинская  

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация
 vary07@bk.ru

Аннотация. Проведено исследование административных регламентов как вида актов государственного управления с целью выявления особенностей административного регламента как источника российского права. Рассмотрены недостатки в сфере разработки и принятия административных регламентов, предложены возможные пути их устранения. Применены как общенаучные, так и специальные методы исследования: анализ и синтез, индукция и дедукция, сравнительный метод, формально-юридический. Выявлена специфика административных регламентов как источников российского права, обозначены место и роль данных нормативных правовых актов в правовой системе России. Предложена авторская дефиниция административных регламентов, отражающая их наиболее важные, сущностные черты. Отмечен такой негативный аспект, как практика утверждения административных регламентов, являющихся кодифицированными ведомственными актами, простыми актами, — приказами. Обращено внимание на то, что административные регламенты не являются объектами оценки регулирующего воздействия, что не может быть признано положительным явлением. Результаты исследования возможно использовать для совершенствования процессов разработки и принятия административных регламентов, повышения уровня юридической техники данного вида нормативных правовых актов.

Ключевые слова: правовое регулирование, правотворчество, ведомственное нормотворчество, административная процедура

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 13 июля 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

© Назайкинская В.А., 2023



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

Для цитирования:

Назайкинская В.А. Понятие и особенности административного регламента как источника российского права // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 383—396. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-383-396>

Данная статья является продолжением исследования административных регламентов: Арзамасов Ю.Г., Назайкинская В.А. Административные регламенты как вид актов государственного управления // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 4. С. 768—790. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-4-768-790>

The concept and features of administrative regulations as a source of Russian law

Varvara A. Nazaykinskaya  

National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russian Federation
 vary07@bk.ru

Abstract. This article is a continuation of a previously published article on administrative regulations as a type of public administration acts. The purpose of this article is to identify the features of administrative regulations as a source of Russian law. It investigates existing shortcomings in the development and adoption of administrative regulations and proposes possible ways of their elimination. The study uses both general scientific and special research methods: analysis and synthesis, induction and deduction, comparative and formal legal methods. The conducted research allows to identify the specifics of administrative regulations as sources of Russian law, to outline the place and the role of these regulatory legal acts in the legal system of Russia. The author gives the definition of administrative regulations, reflecting their most important and essential features. The article studies such negative aspects as the practice of approving administrative regulations, which are codified departmental acts, by simple acts — orders. Also, to date, administrative regulations are not subject to regulatory impact assessment, which is also recognized as a negative phenomenon. The results of the study can contribute to improving the processes of developing and adopting administrative regulations and enhancing the level of legal technology of these regulatory legal acts.

Key words: administrative regulations, legal regulation, law-making, departmental rulemaking, administrative procedure

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 13rd July 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Nazaykinskaya, V.A. (2023) The concept and features of administrative regulations as a source of Russian law. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 383—396. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-383-396>

This article is a continuation of the study of administrative regulations. Arzamasov Y.G., Nazaykinskaya V.A. (2021) Administrative regulations as a type of public administration acts. RUDN Journal of Law. 25 (4), 768—790. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-4-768-790>

Введение

Как любая система, на протяжении многих веков, развивалось и право. Следует отметить, что такое развитие зависело как от революционных, так и эволюционных преобразований, связанных с экономическими, судебными, административными и

иными реформами. Данное развитие заключалось также в появлении новых источников (форм) права, то есть определенного внешнего выражения правовых норм.

Обращение к истории российского законодательства показывает, что регламенты, как определенные формы права, то есть источники права в «узком» смысле, появились в России довольно давно. Так, еще в Российской империи в рамках военного ведомства служебные уставы и инструкции именовались регламентами.

Если же говорить о сегодняшней правовой системе России, то регламенты представлены здесь, главным образом, регламентами палат Федерального Собрания Российской Федерации, Регламентом Правительства Российской Федерации, а также регламентами, принимаемыми федеральными органами исполнительной власти, иными словами административными регламентами.

Более того, одним из важных элементов проводимой административной реформы стало внедрение в систему источников российского права, именно административных регламентов.

При этом, как показал проведенный анализ, в процессе становления административных регламентов в правовой системе Российской Федерации мы можем выделить условно два основополагающих отправных начала.

Прежде всего, здесь следует назвать Послание Президента Федеральному Собранию, датируемое 2003 годом, когда была впервые на столь высоком уровне отмечена необходимость совершенствования административных процедур. Административные регламенты призваны были стать средством, которое позволило бы достичь обозначенной цели. Таким образом, Президентом был задан вектор дальнейшего развития административных регламентов в рамках российской правовой системы.

Административные регламенты как источники российского права

Что же касается формального аспекта, то юридическим базисом для появления административных регламентов в качестве источников (форм) российского права стало Постановление Правительства Российской Федерации «О Типовом регламенте взаимодействия федеральных органов исполнительной власти»¹.

Проведенный правовой анализ показал, что данный документ юридически закрепил для всех федеральных органов государственной власти необходимость принять регламенты, которые устанавливали бы основы организации деятельности этих органов и определяли бы специфику взаимодействия с иными государственными органами.

Таким образом, можно констатировать, что идеологической и одновременно организационной основой внедрения административных регламентов в систему нормативных правовых актов Российской Федерации стали положения административной реформы (Arzamasov, 2019). Первым документом, провозгласившим новый план реформирования государственного аппарата, стал Указ Президента Российской Федерации от 23 июля 2003 г. № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003—2004 годах», в котором в качестве одной из главных целей была обозначена необходимость устранения такого негативного явления как дублирование полномочий и функций различных федеральных органов исполнительной власти².

¹ Постановление Правительства РФ от 19 января 2005 г. № 30 «О Типовом регламенте взаимодействия федеральных органов исполнительной власти» (с изменениями и дополнениями) // Собрание законодательства РФ, 24.01.2005, № 4, ст. 305.

² Указ Президента Российской Федерации от 23 июля 2003 г. № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003—2004 годах». Режим доступа: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102100675> (дата обращения: 12.05.2022).

В связи с этим А.В. Яцкин обратил внимание на недостаточный уровень научной разработанности вопросов, связанных с юридической регламентацией деятельности органов исполнительной власти, стандартами оказания государственных услуг и управления по результатам (Yackin, 2007:4). Таким образом, решение данных проблем было возложено на новый вид ведомственных нормативных правовых актов — административные регламенты.

На сегодняшний день административные регламенты приняты и действуют практически во всех органах исполнительной власти, причем речь идет как о федеральном уровне, так о региональном и муниципальном уровнях.

Значительная распространенность административных регламентов, а также важность выполняемых ими функций не исключают наличия недостатков в анализируемой сфере. Основное внимание в данном вопросе должно быть сосредоточено на закреплении легального определения административных регламентов, которое отражало бы все базовые характеристики (признаки) данных нормативных правовых актов. Важно также совершенствовать юридико-технические аспекты разработки и принятия административных регламентов.

Признаки административных регламентов

Этимологически термин «регламент» восходит к таким значениям, как «правило», «распорядок», «контроль».

Юридический словарь делает акцент на нормативном характере такого акта, как административный регламент. Предметом регулирования административного регламента является порядок деятельности и внутренней организации соответствующего органа³.

Административными регламентами называются нормативные правовые акты, закрепляющие административные процедуры, — такое краткое доктринальное определение административных регламентов было представлено Т.Я. Хабриевой, А.Ф. Ноздрачевым и Ю.А. Тихомировым (Naryshkin & Khabrieva (eds.), 2006:34).

Недостатком данного определения является именно его лаконизм, который не позволяет перечислить все специфические важные черты, присущие административным регламентам как источникам (формам) современного российского права. Между тем, следуя законам логики, необходимо раскрыть понятие административных процедур. Наиболее емкое определение предложил профессор Б.М. Лазарев, который утверждал, что административные процедуры являются разновидностью административного процесса. Содержательно административные процедуры представляют собой закрепление порядка, последовательности реализации конкретных действий (Lazarev (ed.), 1988:5).

Аналогичное понятие предложила А.В. Филатова, которая определила административный регламент как совокупность определенных действий и (или) решений, реализуемых в процессе осуществления полномочий государственного органа исполнительной власти (Filatova, 2009:116).

А.Ф. Ноздрачев, исследуя правовую природу административных регламентов отмечал, что регламент «содержит процедурные («технологические») нормы, определяющие условия, порядок, сроки и последовательность действий органа исполнительной власти по реализации его компетенции, исполнению законов и административных актов. В этом суть административных регламентов и их

³ Юридический энциклопедический словарь / под ред. В.Е. Крутских. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Инфра-М, 2004. 450 с.

принципиальное отличие от всех других видов административных актов» (Nozdrachev, 2011:10—11).

Выделяя признаки административных регламентов, прежде всего, следует отметить, что они являются видами нормативных правовых актов. Данная характеристика во многом определяет иные специфические черты административных регламентов, раскрывая особенности правовой природы исследуемого явления.

К признакам нормативных правовых актов относятся:

1. Письменная, строго документированная форма;
2. Установленный порядок принятия;
3. Принятие уполномоченным субъектом;
4. Юридическая сила, общеобязательность;
5. Многократность применения (Lysenko, Kramskoy & Ryazanova, 2015:204).

Однако из данного перечня непонятно по каким причинам исключен такой важный признак, как регулирование важных общественных отношений, который также является неотъемлемой характеристикой права вообще, то есть права как элемента системы нормативного регулирования, в каких бы формах оно не было выражено: в форме закона, административного регламента, судебного прецедента, договора с нормативным содержанием.

Также стоит отметить, что нормативные правовые акты обязательно должны представлять собой определенную иерархию⁴, поскольку они, как источники (формы) права, обладают различной юридической силой, а значит часть нормативных правовых актов подчиняется и не противоречит другим, вышестоящим нормативным правовым актам, принимается либо на основе, либо во их исполнение. Вертикально-ориентированное построение нормативного материала является важным способом его структуризации. Критерием деления в данном случае является юридическая сила того или иного нормативного правового акта, позволяющая подчинить содержание одних из них другим и сделать законодательство внутренне непротиворечивым. О.В. Анциферова определяет составляющие российской правовой системы следующим образом: во главе стоит Конституция Российской Федерации, обладающая высшей юридической силой, ей последовательно подчинены законы Российской Федерации о поправках в Конституцию РФ, федеральные конституционные законы, обычные законы, нормативные правовые акты министерств и ведомств, нормативные правовые акты органов местного самоуправления (Antsiferova, 2002:10).

Тесно связанным с иерархичностью является такой формальный признак права, как системность, которая предполагает наличие определенной внутренней согласованности и взаимодействия всех элементов. Только системное право, то есть такое, в котором отсутствуют противоречия между правовыми нормами, может выполнить стоящие перед ним задачи.

Принимать нормативные правовые акты имеет право лишь уполномоченный на то государственный орган или должностное лицо, в некоторых случаях возможно также принятие нормативных правовых актов в рамках непосредственного нормотворчества народа, механизмом реализации которого является, например, проведение референдума.

Нормативный правовой акт является неперсонифицированным, то есть он имеет не индивидуальный характер, поскольку его действие распространяется на неограниченный круг лиц. Положениям нормативного правового акта обязаны следовать все те, кто оказался в условиях, предусмотренных соответствующими

⁴ Об иерархии нормативных правовых актов см.: (Tolstik, 2002).

нормами, так как предписания не имеют конкретного адресата. В случае нарушения или игнорирования правовой нормы проявляется принудительный характер права, обеспечение его действия силой государства в лице уполномоченных органов и должностных лиц.

Юридическая сила нормативного правового акта зависит, как правило, от места органа, принявшего документ, от нормотворческой и общей компетенции правотворческих органов государства. В связи с тем, что административные регламенты являются разновидностями нормативных правовых актов, то им присущи все особенности последних (Frier & Petit, 2014).

При этом важно учитывать и такую характеристику административных регламентов, как их подзаконность, предполагающую, что данные нормативные правовые акты должны приниматься на основании и во исполнение федеральных законов, указов Президента и актов Правительства. Административные регламенты являются результатом развивающего правотворчества, позволяют конкретизировать положения нормативных правовых актов, стоящих в иерархии выше. Как отмечает Н.А. Власенко, конкретизация является переходом от неопределенности к определенности права (Vlasenko, 2014: 68).

В связи со сказанным выше необходимо обратить внимание на особенность континентальной правовой семьи, которую отметил один из известнейших компаративистов, — Рене Давид. Романо-германская правовая традиция предполагает существование в рамках так называемого «писаного права» двух блоков актов: во-первых, это законодательные акты, издаваемые представительным органом, — парламентом, во-вторых, это разнообразные акты, издаваемые другими государственными органами. Данный блок, как отмечает Рене Давид, в свою очередь, подразделяется на две группы. Первая группа представлена актами, принятыми на основании и во исполнение закона, существование которых, по мнению исследователя, не создает никаких проблем, невзирая на огромное количество такого рода актов.

Однако динамичное развитие социальных отношений показывает, что законодатель объективно не может предусмотреть весь спектр возможных ситуаций в процессе создания нормативных правовых актов. Современные реалии, характеризующиеся постоянными изменениями, достигнутый уровень прогресса во всех сферах общественной жизни вынуждают законодателя ограничиваться обозначением лишь общего вектора в процессе правового регулирования, оставляя конкретику исполнительной власти, призванной детализировать и уточнять законодательные положения (David & ZHoffre-Spinozi, 2009:95—96).

Помимо прочего, административные регламенты — это акты управления, чем обусловлен их обязывающий характер⁵.

Поскольку административные регламенты, как отмечалось ранее, закрепляют административные процедуры, они являются процедурными актами.

Административные регламенты являются кодифицированными нормативными правовыми актами. Данная характеристика подчеркивает специфику закрепления в них правовых норм, а также структуру административных регламентов, их особую юридическую конструкцию.

Кодификация является наиболее полной, глубинной и, можно сказать, радикальной формой систематизации законодательства, предусматривающей всестороннюю переработку нормативного материала и создание нового, единого кодифицированного акта, отличающегося особой внутренней структурой.

⁵ Об административных регламентах, как актах управления см.: (Gavrilov, 2015; Arzamasov & Nazaykinskaya, 2021).

На сложную внутреннюю организацию правового регламента обращала внимание Е.С. Вершинина в своем диссертационном исследовании (Vershinina, 2010:99). Административные регламенты содержат следующие структурные элементы: общие положения, перечень реализуемых административных процедур с указанием состава, последовательности и сроков выполнения соответствующих действий, порядок и формы контроля за исполнением административного регламента, досудебный (внесудебный) порядок обжалования решений и действий (бездействия) органа и должностных лиц, участвующих в процессе реализации соответствующих административных процедур.

В зависимости от вида конкретного административного регламента состав данных структурных элементов может меняться, но в общем виде он выглядит именно так. Примерами могут являться как административные регламенты осуществления государственного контроля (надзора), так и административные регламенты предоставления государственных услуг. Требования, предъявляемые к структуре двух обозначенных видов административных регламентов, содержатся в Постановлении Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373⁶.

Такая правовая конструкция, затрудняя возможность принятия необоснованных решений, возложения дополнительных обязанностей, не зафиксированных в административных регламентах, позволяет говорить о значительном антикоррупционном потенциале данных нормативных правовых актов.

Наряду с общей кодификацией, результатом которой являются кодексы и основы законодательства, существуют также различные виды специальной кодификации, итогом которой могут быть разные виды подзаконных нормативных правовых актов (уставы, положения, правила) (Pigolkin, 2003:146). При этом большой блок среди кодифицированных нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти сегодня занимают административные регламенты, что позволяет нам говорить о существовании специального регламентного права.

Важно обозначить, что используемый термин не является синонимом так называемой регламентарной власти, являющейся распространенным явлением в рамках романо-германской правовой семьи. В таких странах, как Франция, Испания, Италия, это понятие используется для характеристики полномочий правительства в сфере издания нормативных правовых актов для регулирования той или иной сферы общественных отношений, юридическая сила данных актов ниже, чем у законов. Специфика данных актов заключается в том, что в строгом смысле слова они не являются подзаконными, так как принимаются по вопросам, не имеющим законодательного регулирования, а не на основании и во исполнение законодательных актов. Важно обозначить, что во Франции по таким вопросам в принципе не предусмотрено принятие законов (Marcou & Moderne, 2006). Анализируемые акты во французской правовой доктрине получили название «автономных» актов исполнительной власти (Frier & Petit, 2014).

При этом понятие «регламент» также встречается в зарубежной юридической терминологии, однако, в отличие от российской правовой системы, используется для обозначения административных актов, принимаемых правительством.

Исследуя природу регламентного права, целесообразно также обратиться к понятию «указное право», введенному в научный оборот В.О. Лучиным. Исследователь

⁶ Постановление Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов осуществления государственного контроля (надзора) и административных регламентов предоставления государственных услуг» // Собрание законодательства РФ, 30.05.2011, № 22, ст. 3169.

обозначал данным термином совокупность указов, исходящих от главы государства, отмечая политический характер анализируемого феномена (Luchin, 1996).

По аналогии с данным термином мы используем термин «регламентное право» для обозначения совокупности публично-правовых норм, устанавливающих административные процедуры и регулирующих вопросы внутренней организации органов власти, а также различных направлений реализации органами власти своих функций.

В данной связи важно сделать уточнение, что регламентное право представляет собой абстрактное понятие, обозначающее всю совокупность действующих в рамках правовой системы административных регламентов, какой-либо отдельной отрасли регламентное право не составляет. Введение предлагаемого термина в научный оборот позволит облегчить процесс познания административных регламентов, а также упростить их практическое применение.

Проведенный анализ позволяет предложить следующую дефиницию анализируемого понятия: административный регламент — это кодифицированный нормативный правовой акт, особая юридическая конструкция которого закрепляет, в основном, административные процедуры и стандарты, направленные на реализацию определенного вида правовой политики государства, выраженные как в письменной, так и электронной форме. При этом в основу данной дефиниции было положено понятие, предложенное нами в статье «Административные регламенты как вид актов государственного управления»⁷. Отметим, что правовая политика понимается нами как деятельность государственных органов и институтов гражданского общества, целью которой является построение эффективного механизма правового регулирования, способствующего обеспечению прав и свобод человека и гражданина, формированию правовой государственности и высокого уровня правовой культуры. При этом данная деятельность характеризуется такими признаками как системность, последовательность, научная обоснованность (Mal'ko, 2012:42).

Подводя итог, отметим, что на сегодняшний день исследуемый правовой феномен регламентного права выступает новым видом регулирования общественных отношений, осуществляемым с помощью разветвленной системы разнообразных регламентов, начиная с регламентов высших органов государственной власти, заканчивая регламентами органов местного самоуправления.

Особенности нормотворческой юридической техники административных регламентов

Правовая система любого государства находится в постоянном движении: принимаются новые нормативные правовые акты, изменяются или дополняются федеральные законы и подзаконные акты, также не прекращается процесс регионального и муниципального правотворчества. В таких условиях вопрос нормотворческой юридической техники актуализируется с новой силой. По мере развития юридической мысли, появлением новых концепций и методов исследования, становится важным понимать, что именно необходимо для обеспечения формальной определенности норм права, а также более точной и эффективной правоприменительной и правоисполнительной деятельности. Так, постепенно устанавливаются среди юристов особые правила изложения норм права, без соблюдения которых практически невозможно избежать неточности формулировок, пробелов в праве, коллизий и множества других юрико-технических дефектов⁸.

⁷ См.: (Arzamasov & Nazaykinskaya, 2021).

⁸ О юрико-технических дефектах см.: (Vlasenko, 1991; Chirkin, 2008; Sokolova, 2016; Kozhokar, 2019).

Стоит заметить, что технико-юридические правила не появились в один момент из ниоткуда, а являются результатом длительной юридической практики, которая на своем пути развития сталкивалась с различными ошибками, неточностями и пробелами законодательства, проблемами соответствия нижестоящих актов вышестоящим и многими другими технико-юридическими проблемами.

С целью достижения наиболее качественного уровня правотворческой деятельности выделены правила построения, оформления и публикации нормативных правовых актов, в частности: ясность, научность языка изложения, последовательность, точность, отсутствие повторов, непротиворечивость частей одного нормативного правового акта или различных актов друг другу. Кроме того, обязательным требованием, предъявляемым к нормативным актам, является наличие специальных реквизитов: номер документа, дата принятия, принявший орган, наименование и так далее. Отличаются нормативные правовые акты и особыми правовыми конструкциями.

Важность знания и соблюдения правил нормотворческой юридической техники нормативных правовых актов обусловлена несколькими причинами. Во-первых, без знания норм и правил нормотворческой юридической техники невозможно правильно оформить разработанный нормативный правовой акт и внести его на рассмотрение нормотворческого органа. Даже самая лучшая идея будет отвергнута, а проект — возвращен инициатору (нередко с острыми критическими комментариями), если он оформлен без соблюдения правил нормотворческой юридической техники.

Во-вторых, несоблюдение правил нормотворческой юридической техники затрудняет восприятие правового документа, запутывает понимание законодательных текстов, усложняет систематизацию и кодификацию законодательства, а результат — это приводит к ошибкам в правоприменительной практике.

В-третьих, соблюдение правил нормотворческой юридической техники — это важный показатель правовой культуры как профессиональной квалификации конкретного работника, ведь вряд ли достоин уважения и авторитета юрист, который, готовя правовой документ, не знает и не соблюдает элементарных правил нормотворческой юридической техники, так и государственного органа, государства и общества в целом.

На сегодняшний день получила распространение практика утверждения административных регламентов приказами, что, на наш взгляд, является негативным аспектом, унаследованным от советской правовой системы. Административные регламенты, как было сказано выше, являются кодифицированными ведомственными актами, в то время как приказы являются простыми ведомственными актами, не имеющими кодифицированного характера. Существующее на сегодняшний день положение вещей является правовым архаизмом, от которого следует избавиться.

В настоящее время процессы разработки, принятия и претворения в жизнь положений административных регламентов нельзя признать совершенными, в данных сферах существует большое количество важных и серьезных проблем, требующих как научного осмысления, так и практического, а в особых случаях и законодательного решения. Одним из наиболее актуальных вопросов рассматриваемой нами темы является закрепление такого вида нормативных правовых актов как административные регламенты в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁹, а также в Федеральном законе

⁹ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 06.02.2023) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 06.10.2003, № 40, ст. 3822.

«Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации»¹⁰, пришедшем на смену Федеральному закону «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹¹ и вступившим в силу с 1 января 2023 г.

Предлагаемые изменения позволят устранить существующий парадокс в правовой системе России: в настоящее время принято значительное число административных регламентов, однако нормы многих базовых законодательных актов не только не содержат дефиниции административных регламентов, системы данных нормативных правовых актов, но даже зачастую в принципе о них не упоминают. Примером является даже последняя редакция Постановления Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009.

Неудовлетворительным следует признать отсутствие четких, единообразных юридико-технических требований, предъявляемых к административным регламентам, и правил, посвященных процессу разработки данных нормативных правовых актов. Многие административные регламенты в настоящее время содержат оценочные понятия, что дает возможность давать субъективную оценку представленным заявителем документам, а это является мощным коррупциогенным фактором.

Тексты многих административных регламентов содержат справочную информацию, что нарушает требование, содержащееся в Постановлении Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 37: справочная информация должна размещаться на официальном сайте компетентного государственного органа и в иных официальных ресурсах, но не в тексте административного регламента. Примером размещения справочной информации непосредственно в тексте административного регламента является Административный регламент Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по предоставлению государственной услуги по государственному кадастровому учету и (или) государственной регистрации прав на недвижимое имущество¹². В пункте 8 указаны сведения о местонахождении государственного органа, часы работы, адрес электронной почты, телефон и иная справочная информация. Данное решение видится неверным с точки зрения юридической техники, поскольку любое изменение контактной информации, адресов влечет необходимость корректировки текста административного регламента. В данной связи целесообразно обратить внимание на проблему, обозначенную В.О. Бурягой: административные регламенты во многих случаях содержат устаревшую информацию (Buryaga, 2015:36).

Решить обозначенные проблемы, на наш взгляд, позволит принятие Федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных актах федеральных органов исполнительной власти». Предметом регулирования нормативного правового акта должна стать нормотворческая компетенция федеральных органов исполнительной власти как с точки зрения процедурных аспектов данной деятельности,

¹⁰ Федеральный закон от 21.12.2021 № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 27.12.2021, № 52 (часть I), ст. 8973.

¹¹ Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» от 06.10.1999 № 184-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 18.10.1999, № 42, ст. 5005. (утратил силу).

¹² Приказ Минэкономразвития России от 07.06.2017 № 278 «Об утверждении Административного регламента Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по предоставлению государственной услуги по государственному кадастровому учету и (или) государственной регистрации прав на недвижимое имущество» (Зарегистрировано в Минюсте России 01.12.2017 № 49074) // Официальный интернет-портал правовой информации. Режим доступа: <http://www.pravo.gov.ru>, 04.12.2017.

так и закрепления перечня всех существующих видов ведомственных нормативных правовых актов, к которым относятся и административные регламенты.

В научной литературе также обозначаются иные возможные модели правового регулирования анализируемого вопроса.

Так, профессор Ю.Н. Старилов видит решение вышеобозначенных проблем в принятии Федерального закона «Об административных процедурах». По мнению исследователя, принятие данного нормативного правового акта позволит решить несколько задач: во-первых, регламентировать исполнительно-распорядительную деятельность органов публичного управления, во-вторых, обеспечить полноценное функционирование административного судопроизводства, поскольку суду при рассмотрении дел, возникающих из публичных правоотношений, будет значительно проще установить, надлежаще ли были реализованы должностными лицами соответствующие административные процедуры (Starilov, 2015:27).

На наш взгляд, для решения вышеобозначенных проблем наиболее оптимальным вариантом является принятие Федерального закона «О нормотворческой деятельности и нормативных актах федеральных органов исполнительной власти», поскольку данный акт позволит не только установить требования, предъявляемые к данному типу актов, но также выстроить систему ведомственных актов в целом, модель их соотношения, что, в конечном итоге, будет способствовать формированию стройной, непротиворечивой системы российского права. Более того, данный федеральный закон позволит акцентировать внимание на конкретизирующей и детализирующей функциях ведомственных нормативных правовых актов, которые не должны противоречить законам, что, в свою очередь, положительно скажется на работе всего механизма правового регулирования в России.

Нельзя не отметить и тот факт, что к административным регламентам в настоящее время не применяется процедура оценки регулирующего воздействия (далее — ОРВ). Такое положение вещей должно быть изменено, поскольку ОРВ является инструментом, позволяющим выявить наличие избыточных ограничений, обязанностей и запретов на этапе разработки нормативных правовых актов. Роль, выполняемая административными регламентами в механизме правового регулирования, безусловно, актуализирует необходимость проведения в отношении данных актов процедуры оценки регулирующего воздействия. ОРВ является не только ядром регуляторной политики, но также позволяет выстраивать профессиональный диалог между публичной властью и экспертами (Didikin, 2018:18). Внедрение процедуры ОРВ способствует бережному расходованию бюджетных средств различных уровней, что с особенной очевидностью проявляется в кризисные периоды (Arzamasov, 2019:6).

Все сказанное выше свидетельствует о существующих недостатках нормотворческой юридической техники административных регламентов, которые требуют внимания, исследования и устранения имеющихся дефектов.

Заключение

Современное российское государство — относительно молодое и оттого подверженное изменениям как политико-экономической, так и социокультурной организации общества. Это же утверждение актуально и применительно к российскому праву. Ежедневно в правовой системе нашей страны происходят изменения: принимаются новые законы и подзаконные акты, изменяются или дополняются ранее принятые и тому подобное, происходит развитие различных отраслей общественной жизни. Так, по состоянию на 10 октября 2022 г. в информационном банке данных «Нормативные правовые акты Российской Федерации» Министерства юстиции

Российской Федерации зарегистрировано 13 895 254 нормативных правовых акта, при этом 69 758 нормативных правовых актов принято федеральными органами исполнительной власти. Современный мир стремительно развивается, в связи с чем государство должно оперативно отвечать на подобные изменения, принимая качественные законы и административные регламенты, которые конкретизируют их нормативные положения.

В настоящее время административные регламенты решили лишь часть поставленных перед ними целей и задач, став одним из важных итогов проведения административной реформы. Безусловно, существует множество положительных моментов: упорядочение административных процедур, систематизация полномочий федеральных органов исполнительной власти, устранение дублирования их функций, сдерживание усмотрения чиновников, но есть и ряд значительных трудностей. Прежде всего следует отметить, что отсутствие легального определения административных регламентов в большинстве ключевых для анализируемой сферы нормативных правовых актов усложняет процесс нормального функционирования всей многообразной системы подзаконных нормативных правовых актов.

Указанные в данной статье дефекты в сфере подготовки и принятия административных регламентов, обозначения их места в системе источников (форм) российского права связаны с исследованием анализируемой проблематики в рамках отраслевой науки административного права, но в то же время с позиций общей теории государства и права административные регламенты рассматривались достаточно редко. Представляется, что данный вид источников права необходимо исследовать не только в русле административного права, но также и теории права, конституционного, трудового и других отраслевых юридических наук. Такой подход позволит составить наиболее полное представление о сущности и потенциале данных актов, их месте и роли в российской правовой системе.

При этом существующие недостатки не должны приводить к умалению роли административных регламентов в современной российской правовой системе. Эти нормативные правовые акты закрепили основные виды административных процедур, всесторонне способствуя претворению в жизнь функций органов власти на федеральном, региональном и муниципальном уровнях.

Особенности юридической конструкции административных регламентов позволяют рассматривать данные нормативные правовые акты в качестве инструмента для борьбы с таким крайне негативным социальным явлением, как коррупция.

References / Список литературы

- Antsiferova, O.V. (2002) The system of legislation: concept and structure. *Bulletin of Chelyabinsk State University*. 1(3), 5—13. (in Russian)
Анциферова О.В. Система законодательства: понятие и структура // Вестник Челябинского государственного университета. 2002. № 1(3). С. 5—13.
- Arzamasov, Y.G. (2019) Regulatory impact assessment and risks in law: the experience of Russia and Continental Europe. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (5), 4—31. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.5.4.31> (in Russian / in English).
Арзамасов Ю.Г. Оценка регулирующего воздействия и риски в праве: опыт России и континентальной Европы // Право. Журнал высшей школы экономики. 2019. № S5. С. 4—31. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.5.4.31>
- Arzamasov, Y.G. & Nazaykinskaya, V.A. (2021) Administrative regulations as a type of public administration acts. *RUDN Journal of Law*. 25(4), 768—790. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-4-768-790> (in Russian)

- Арзамасов Ю.Г., Назайкинская В.А. Административные регламенты как вид актов государственного управления // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 4. С. 768—790. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2021-25-4-768-790>
- Buryaga, V.O. (2015) Administrative regulations: some application problems. *Yuridicheskii mir*. (10), 35—39. (in Russian)
 Буряга О.В. Административные регламенты: некоторые проблемы применения // *Юридический мир*. 2015. № 10. С. 35—39.
- Chirkin, V.E. (2008) The Constitution of the Russian Federation: on the question of gaps and defects. *Gaps and defects in constitutional law and ways to eliminate them: Materials of the International scientific conference, Moscow, March 28—31, 2007*. Moscow, Moscow University Press. pp. 59—63. (in Russian)
 Чиркин В.Е. Конституция РФ: к вопросу о пробелах и дефектах // *Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: материалы Международной научной конференции, Москва, 28—31 марта 2007 года*. М.: Изд-во Московского государственного университета, 2007. С. 59—63.
- David, R. & ZHoffre-Spinozi, K. (2009) *The main legal systems of our time*. Transl. from French by Tumanova V.A. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. (in Russian)
 Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 2009. 456 с.
- Didikin, A.B. (2018) *Regulatory impact assessment and rulemaking: a collection of articles*. Yekaterinburg, Publishing solutions. (in Russian)
 Дидикин А.Б. Оценка регулирующего воздействия и нормотворчество: сборник статей. Екатеринбург: Издательские решения, 2018. 50 с.
- Filatova, A.V. (2009) *Regulations and procedures in the field of implementation of state control (supervision)*. Saratov, Nauchnaya kniga Publ. (in Russian)
 Филатова А.В. Регламенты и процедуры в сфере реализации государственного контроля (надзора). Саратов: Научная книга, 2009. 279 с.
- Frier, P. L. & Petit, J. (2014) *Droit administratif*. Paris, L.G.D.J. (in French).
- Gavrilov, A.M. (2015) On the purpose and some features of administrative regulations as legal acts of management. *Marijskij yuridicheskij vestnik*. 1(12), 39—43. (in Russian)
 Гаврилов А.М. О назначении и некоторых особенностях административных регламентов как правовых актов управления // *Марийский юридический вестник*. 2015. № 1 (12). С. 39—43.
- Kozhokar, I.P. (2019) *Defects legal and regulatory regulation: monograph*. Moscow, Prospekt Publ. (in Russian).
 Кожокаръ И.П. Дефекты нормативно-правового регулирования: монография. М.: Проспект, 2019. 296 с.
- Lazarev, V.M. (ed.). (1988) *The concept and types of management procedures. Their role in the mechanism of public administration*. Nauka Publ. (in Russian).
 Лазарев В.М. Понятие и виды управленческих процедур. Их роль в механизме государственного управления / отв. ред. Б.М. Лазарев. М.: Наука, 1988. 272 с.
- Luchin, V.O. (1996) *Decree law in Russia*. Moscow, HGC Veles Publ. (in Russian).
 Лучин В.О. Указное право в России. М.: ХГЦ Велес, 1996. 52 с.
- Lysenko, V.A., Kramskoy, I.S. & Ryazanova, N.A. (2015) Features of the normative legal act as a source of Russian law. *Bulletin of Economics, Law and Sociology*. (4), 204—208. (in Russian).
 Лысенко В.А., Крамской И.С., Рязанова Н.А. Особенности нормативно-правового акта как источника российского права // *ВЭПС*. 2015. № 4. С. 204—208.
- Mal'ko, A.V. (2012) *Theory of legal policy: monograph*. Moscow, Yurilitinform Publ. (in Russian).
 Малько А.В. Теория правовой политики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 328 с.
- Marcou, G. & Moderne, F. (2006) *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*. Tome 2. Paris, l'Harmattan. (in French).
- Naryshkin, S.E. & Khabrieva, T.Ya. (eds.). (2006) *Administrative reform in Russia. Scientific and practical guide*. Moscow, Kontrakt Publ. (in Russian).
 Административная реформа в России. Научно-практическое пособие / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М.: Контракт, 2006. 341 с.

- Nozdrachev, A.F. (2011) System regulation of administrative activity: domestic doctrine and practice. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*. (8), 5—41. (in Russian).
Ноздрачев А.Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 5—41.
- Pigolkin, A.S. (ed.). (2003) *Systematization of legislation in the Russian Federation*. Saint Petersburg, Yuridicheskii tsentr. Press. (in Russian).
Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А.С. Пиголкина. СПб.: Юрид. центр. Пресс, 2003. 382 с.
- Sokolova, M.A. (2016) *Defects of legal documents: monograph*. Yurisprudentsiya Publ. (in Russian).
Соколова М.А. Дефекты юридических документов: монография. Изд-во Юриспруденция, 2016. 158 с.
- Starilov, Yu.N. (2015) The Russian Law on administrative procedures has to become an integral part of modern administrative law. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. (3), 20—28. (in Russian).
Старилов Ю.Н. Российский закон об административных процедурах должен стать неотъемлемой частью современного административного законодательства // Вестник Воронежского государственного университета: Серия «Право». 2015. № 3. С. 20—28.
- Tolstik, V.A. (2002) *Hierarchy of sources of Russian law. Monograph*. Nizhniy Novgorod, Intelservis Publ. (in Russian).
Толстик В.А. Иерархия источников российского права: монография. Н. Новгород: Интелсервис, 2002. 216 с.
- Vershinina, E.S. (2010) *Regulation as a general legal phenomenon*. Diss. ... Candidate of Legal sciences. Nizhny Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. (in Russian).
Вершинина Е.С. Регламент как общеправовой феномен: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород: Нижегород. академия МВД России, 2010.
- Vlasenko, N.A. (1991) Logical and structural defects of the Soviet law system. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*. (3), 21—26. (in Russian).
Власенко Н.А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Изв. вузов. Правоведение. 1991. № 3. С. 21—26.
- Vlasenko, N.A. (2014) Concretization in law: methodological foundations of research. *Journal of Russian Law*. (7(211)), 60—75. (in Russian).
Власенко Н.А. Конкретизация в праве: методологические основы исследования // Журнал российского права. 2014. № 7 (211). С. 60—75.
- Yackin, A.V. (2007) *Legal regulation of administrative reform in modern Russia*. Abstract dis. ... cand. of legal Sciences. Moscow, The Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. (in Russian).
Яцкин А.В. Правовое регулирования административной реформы в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: ИГП РАН, 2007. 25 с.

Сведения об авторе:

Назайкинская Варвара Алексеевна — преподаватель, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия; 109028, Россия, Москва, Большой Трехсвятительский пер., д. 3.

ORCID ID: 0000-0001-8913-9903

e-mail: vary07@bk.ru

About the author:

Varvara A. Nazaykinskaya — Lecturer, National Research University «Higher School of Economics»; bld. 3, Bolshoy Trekhsvyatitelskiy by-street, Moscow, 109028, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-8913-9903

e-mail: vary07@bk.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-397-420>
EDN: GFHEYF

Research Article / Научная статья

Public procurement in Russia: concept and content

Vitaly V. Kikavets  

Russian State University of Justice, *Moscow, Russian Federation*
 viking0071@mail.ru

Abstract. Based on the analysis of foreign and national legal acts, scientific works and research of domestic and foreign scientists, the article substantiates the relevance of the concept “public procurement” and reveals its content. The outcome of the research on public procurement as a system of legal relations allows the author to verbalize its definition. Public procurement should be understood as a system of legal relations where one party is an authorized representative of public authority who purchases goods, works, and/or services at the expense of the relevant budget in order to realize public interest. The characteristic features of public procurement are highlighted, and the most significant functions of public procurement are substantiated, including social, regulatory, reproductive, innovative, stimulating, and cost optimization. The author offers classification of the main subjects of public procurement, involving authorized representatives of public authorities (entities authorized to regulate and control public procurement, to centralize and conduct joint bidding, as well as all customers), business entities (suppliers, contractors) and derivative entities (banks and credit organizations, electronic trading platforms, specialized organizations). It is emphasized that in order to increase the efficiency of budget spending and optimize the financial support of public procurement, a number of derivative entities may be abolished. The article sustains that legal relations in public procurement are subject to regulation by the norms of financial, administrative, and civil law. It notes that legal relations in public procurement regulated by the norms of civil law (contractual legal relations) arise exclusively after the relations regulated by the norms of public law. It outlines the legal characteristic of the revealed legal relations and justifies the necessity of considering the priority of the norms of public law.

Key word: public procurement, public authorities, authorized representatives of public authorities, public and private interests, state order, state and municipal procurement, financial law, economic and derivative entities

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 15th September 2022

Article accepted 15th April 2023

© Kikavets V.V., 2023



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

For citation:

Kikavets, V.V. (2023) Public procurement in Russia: concept and content. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 397—420. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-397-420>

Публичные закупки в России: понятие и содержание

В.В. Кикавец  

Российский государственный университет правосудия,
г. Москва, Российская Федерация
 viking0071@mail.ru

Аннотация. На основании анализа зарубежных и российских правовых актов, научных трудов и исследований широкого круга ученых обоснована значимость использования понятия «публичные закупки», раскрыто его содержание. По итогам рассмотрения публичных закупок как системы правоотношений предложено авторское определение публичных закупок, под которыми следует понимать систему правоотношений, в которых одной стороной выступает уполномоченный представитель публичной власти, осуществляющий приобретение товаров, работ, услуг за счет средств соответствующего бюджета в целях реализации публичного интереса. Выделены характерные признаки публичных закупок и обоснованы наиболее значимые функции публичных закупок, среди которых: социальная, регулятивная, воспроизводственная, инновационная, стимулирующая, оптимизации расходов. Представлена авторская классификация основных субъектов публичных закупок, предусматривающая уполномоченных представителей публичной власти (субъекты, уполномоченные на регулирование и контроль публичных закупок, на централизацию и проведение совместных торгов, а также все заказчики), хозяйствующих субъектов (поставщики, подрядчики, исполнители) и производных субъектов (банки и кредитные организации, электронные торговые площадки, специализированные организации). Акцентируется, что для повышения эффективности расходования бюджетных средств и оптимизации финансового обеспечения публичных закупок ряд производных субъектов может быть упразднен. Доказано, что правоотношения в публичных закупках подлежат регулированию нормами финансового, административного, гражданского права. Отмечено, что правоотношения в публичных закупках, регулируемые нормами гражданского права (контрактные правоотношения), возникают исключительно после отношений, урегулированных нормами публичного права. Дана правовая характеристика выявленным правоотношениям, обоснована необходимость учета приоритета норм публичного права.

Ключевые слова: публичные закупки, публичная власть, уполномоченные представители публичной власти, публичные и частные интересы, государственный заказ, государственные и муниципальные закупки, финансовое право, хозяйствующие и производные субъекты

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 15 сентября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Кикавец В.В. Публичные закупки в России: понятие и содержание // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 397—420. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-397-420>

Introduction

The relevance of the article is due to a number of specifics in regulation of legal relations regarding the financial support of public procurement in modern conditions. Public procurement plays a significant role in ensuring the need for goods, works, and services, therefore they need sufficient funding from the relevant budgets of the Russian Federation. At the same time, various terms describing the sphere of procurement are currently used in national and foreign literature: *state and municipal procurement, state order, public procurement, government procurement*, etc. This does not contribute to the uniformity of understanding of the financial support of public procurement and requires a more thorough analysis of existing approaches to institutional definitions legitimately established and presented in scientific doctrine.

The need to analyze the concept of public procurement, as well as the legal regulation of financial support for public procurement, is directly related to the proper goal setting, which is both a form to articulate an issue and a way to achieve public interest expressed by public need for certain goods, works and services. For example, if goal setting is not required in civil law — it is enough only to establish rules of a procedural nature, and the issue of goal setting itself is solved by the participants of transactions independently — then the approach when the civil law method of regulating legal relations is transferred to the public legal environment seems counterproductive.

The concept of “procurement” in foreign legislation and scientific research

The analysis of the international practice of forming the categorical apparatus of the contract procurement system allows to generalize the concepts used in this system. The UNISTRAL Model Law operates with the concept of “public procurement”, understanding it as procurement by authorities, institutions, organizations and their structural divisions¹. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) uses a similar concept, describing public procurement as the procurement of goods, works and services by governments and state organizations². In European Union regulatory legal acts, the term “public procurement” means the procurement by authorities of any level, as well as legal entities regulated by public law³. In the legislation of the European Union member states, the concept of “public procurement” has been

¹ Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law on Public Procurement / approved by UN General Assembly Resolution 66/95 of 09.12.2011. Available at: <https://uncitral.un.org> [Accessed 30th July 2022].

² Government at a Glance 2015. Paris, OECD Publishing. 2015, p. 136.

³ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on Public Procurement. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> [Accessed 29th July 2022].

used since 2016 when the norms of the pan-European directive regulating procurement were implemented into the national legal acts of the European states.

The World Trade Organization (WTO) also uses the term “government procurement” in its acts; it defines it as purchases by public authorities and other institutions working in the interests of the state⁴. A similar concept is adopted in the practice of procurement activities in a number of countries. In fact, in the procurement practice of the People’s Republic of China, the term “government procurement” is defined as activities carried out at the expense of budgetary funds by government departments, institutions and public legal entities of all levels.⁵

A number of foreign scientists understand public procurement as a type of federal and local authorities’ expenditure to purchase goods, works, services, and production resources (Linders, Jones & Flynn, 2007:535—536).

Considering the content of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), G.I. Martynenko emphasizes that clause 8a of Article III of the document defines public procurement as procurement by state agencies for state needs of products that are not intended for commercial resale or use in the production of goods for commercial sale (Martynenko, 2006).

Scientists from Ukraine consider public procurement as a set of step-by-step actions that form an integral procedure regulated by the Law On Public Procurement, whose purpose is to implement the functions of public administration (Altsyvanovych & Tsybalenko, 2018).

Polish scholars have determined that the conditions of public procurement are interrelated and cover various requirements: determine the qualifications of participants in the procurement procedure, their access to the procurement market, the key values of the contract, as well as the basic principles of public procurement (Kowalczyk, 2021).

Having studied various approaches to the terminology of public procurement, American researchers R. Lloyd and K. McCue failed to clearly formulate the concept due to the peculiarities of procurement’s nature and the role of actors engaged in this sphere. The scientists noted that uncertainty and ambiguity of definitions, create certain misunderstanding and difficulties (Lloyd & McCue, 2004:1—29).

The analysis allows to conclude that, considering the existence of the variety of terms, it is essential to be guided by legally constituted concepts, including the level of international organizations, where the concept of “public procurement” is commonly used; it should be noted though that its content may have some differences.

The concept of “procurement” in Russian legislation and scientific research

In the legislation of the Russian Federation, the concepts of “state order”, “government procurement”, “public procurement” are not legally formalized. From the

⁴ Agreement on Government Procurement (as amended on 30 March 2012). Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm [Accessed 29th July 2022].

⁵ The Government Procurement Law of the People’s Republic of China (2002). Available at: http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/14/content_21917023.htm [Accessed 29th July 2022].

meaning of paragraph 1 of Article 527 of the Civil Code of the Russian Federation, it can be established that a state order is the basis for concluding a state contract. The essence and content of the concept of “state order” can be defined through the concept of “state needs” described in Law No. 94-FZ which was abolished on January 1, 2014; it indicates the source of payment for the needs of the Russian Federation or a constituency of the Russian Federation⁶.

Previously, Soviet law understood the state order as an individual planning act included in the plan of the enterprise and guaranteeing its independence in the formation of a common production program regarding consumer orders (Nozdrachev, 1990:46).

The analysis of the concept “state order” has shown its application in various meanings in both economic and legal literature. In the definition of the state order, A.B. Barikhin⁷, I.I. Smotritskaya (Smotritskaya, 2009:22), as well as A.A. Khramkin (Khramkin, 2008:187) indicate the mandatory presence of retribution, V.S. Gladkov (Gladkov, 2008:16—17) and L.M. Davletshina (Davletshina, 2007:48) emphasize satisfaction of state needs, and V.V. Melnikov (Melnikov, 2005:7), T.F. Ryabova (Riabova, 1996:88) and V.E. Belov (Belov, 2005:7—9) believe that the state order is realization of a specified state need for products. E.A. Zvonova clarifies that this need is met at the expense of budgets and extra-budgetary funds, that is, at the expense of taxpayers’ funds that are accumulated in the relevant budgets and extra-budgetary funds (the principle of “source of funds”) (Zvonova, 2009: 48—49).

T.V. Fryberg describes “state order” as a form of organization of budget financing, which has specific features, principles, classifications and historical stages of development in the Russian Federation (Freiberg, 2006:66). A number of scientists also focus attention on the financial component of the state order (payment from the budget)⁸.

The most complete definition of the state order, from our point of view, was formulated by V.I. Kuznetsov. He defined it as public law institution to implement the Constitution of the Russian Federation, laws and functions of the state in the form of administrative regime of relations between the state and subjects of private law, containing the substantive and procedural norms of constitutional, administrative, budgetary and civil law and implementing the legal status and the process of implementing the institution of public need (Kuznetsov, 2005:86). Despite the voluminous definition, the author considers the state order as a certain process of implementing legal norms through the prism of various branches of law.

In the scientific doctrine, public procurement is considered from various points of view: economic and legal (including with financial and legal, administrative and legal, business and legal or civil context). The most common concept is “government procurement”, which is well developed in domestic science.

⁶ Commentary to Federal Law No. 94-FZ of July 21, 2005. On Placement of Orders to Supply Goods, Carry out Works and Render Services for Meeting State and Municipal Needs. Moscow, Jurisprudence, 2008, p. 9. (in Russian).

⁷ Barikhin, A.B. (2008) A large legal encyclopedic dictionary. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow, Book World Publ. (in Russian).

⁸ Raisberg, B.A. (2008) Modern Economic Dictionary. Moscow, Infra-M Publ. (in Russian).

Representatives of economic science in most cases determine purchases through the mechanism of their implementation. In fact, I.I. Smotrinskaya considers government procurement as part of goods, works and services produced in the state and purchased by public authorities at the expense of budgetary funds (Smotrinskaya, 2009:28). V.T. Gadzhieva describes the Institute of State Orders and Procurement as totality of organizational and economic relations between the state and other entities regarding the acquisition of goods, services and works to meet state needs as part of the execution of a state order at the expense of budget funds (Gadzhieva, 2011:176—183).

N.V. Nesterovich and V.I. Smirnov understand procurement as acquisition by the state customer of goods, works and services at the expense of certain budgets and funds (Nesterovich & Smirnov, 2000:124). It should be noted that when defining government procurement in the economic literature, the emphasis is on the sources of their financing. This is confirmed by the position of K.V. Kuznetsov, who believes that most of the purchases are carried out at the expense of budgetary funds to ensure the vital activity of the state and functioning of its authorities (Kuznetsov, 2003:21).

L.I. Nemchenko points out that state (municipal) procurement is a mechanism for the state to implement its functions through a set of processes related to distribution and use of state and municipal funds by market participants to meet state and municipal needs (Nemchenko, 2017:19).

A number of authors use the term “procurement for state needs”, thus taking into account both state and municipal purchases since all purchases are aimed at meeting the public needs of the state and municipalities and are carried out at the expense of state and municipal budgets (Lopatnikov, Sokolova & Tazhetdinov, 2008:101).

From the point of view of legal science, procurement is a process or relationship. For example, M.V. Shmeleva understands public procurement as regulation of relations of economic entities performing the assigned functions to achieve certain goals, which is a fairly general characteristic of this term (Shmeleva, 2015:249—250).

From the point of view of S.A. Bordunova, government procurement is a process aimed at purchasing goods, works and services for public needs, which are financed from budget funds (Bordunova, 2011:23). T.G. Sheshukova looks at government procurement from the standpoint of a systematic approach, i.e., as a system of legal relations between customer and supplier regarding the purchased goods, works and services to meet state and municipal needs at the expense of budgetary funds in order to use them more effectively (Sheshukova, 2018:522—523).

The economic and managerial approach tends to equate the concepts of “government procurement”, “state order” and “state needs” since:

- there is a process of formation and formalization of state demand, so the main role of procurement is reduced to contracting (Arykbayev & Gadzhieva, 2010:22—23),
- they are considered as a single process of realizing the needs of society in goods, works and services (procurement is a mechanism necessary for the formation of budget funds with their subsequent redistribution between economic entities so that the state may carry out its own functions, including socially oriented, as well as innovative in economic development) (Razinkov & Evseeva, 2016:130—136),

— public procurement is the final stage of the state order implementation process, i.e., the purchase of goods, works and services for public needs (Smotritskaya, 2009:7; Ilyukhin, 2006:25—26),

— a state order is legally executed state needs that are subject to satisfaction in the process of public procurement (Galanov, Grishina & Shibaev, 2012:11),

— the content of these concepts' functions is identical (Cheremukhin, 2010:31—36).

However, not all scholars share this position. K.V. Kichik points out that these categories do not coincide in content. The concept of “public procurement” is more voluminous and include the actions of customers on the part of the state, authorized bodies, as well as elements of contract implementation; the term “government procurement” absorbs the concept of “state order” (Kichik, 2012:17).

Similarly, M.V. Shmeleva does not equate these concepts. Under the state order she understands an administrative state act establishing the volume of budget funds allocated for procurement, permitted types of procurement without specifying the objects of procurement, as well as timing and other important conditions for realizing the allocated funds (Shmeleva, 2022:142). In her research, I.G. Yakovleva indicates that a state order forms the ground for such purchase (Yakovleva, 2017:26).

L.M. Davletshina, V.S. Gladkov believe that interpretation of the state order does not reflect the essence of this concept, and confusion of terms “state order” and “public procurement” negatively affects law enforcement practice (Davletshina, 2007:47; Gladkov, 2008:14).

From our point of view, the concepts of “state order” and “public procurement” are identical, given that most of the definitions contain features of public administration with a pronounced administrative character (Kikavets, 2010:23—25).

Recently, the term “public procurement” has been widely used in scientific literature. In fact, I.I. Smotritskaya previously used the term “public procurement” in her works, but now referring to the situation in foreign countries she describes it as state and municipal, as well as procurement of enterprises and organizations of the state sector of the economy or public legal entities (Smotritskaya & Shuvalov, 2017:110). It is also possible to come across the term “social procurement” (Zubkov, 2012:147—151), highlighting its intended purpose or within the incorrect translation of the concept of “public procurement”. Moreover, the ambiguity (variability) of translation of foreign terms has formed such a concept as “правительственные закупки” (government procurement) instead of the term “государственные закупки” (public procurement) (Melnikov, 2016:54—72).

In addition to these terms, the term “procurement” is often used in special foreign literature in the sense of a set of various actions aimed at organizing purchases in order to maximize public needs for goods, works or services (Kalmykova, Alpeeva & Semenikhina, 2018:243). According to N.V. Nesterovich, procurement is a combination of various methods and techniques that allow ensuring the interests of the buyer in the bidding process (Nesterovich, 1998). K.V. Kuznetsov defines procurement as a system consisting of certain processes (procurement planning and justification, supplier identification, contract execution and control over its execution) (Kuznetsov, 2003:28).

In our opinion, the term “procurement” has not entered the domestic scientific circulation and it is more appropriate to use such concepts as “state (municipal) procurement” or “public procurement”.

There are not so many theoretical provisions on procurement activities in the legal literature since the analysis is mainly focused on its legal regulation or other terms accompanying procurement (bidding, needs, order, etc.), therefore, discussions regarding terminology are reduced to the use of terms established by law.

Nevertheless, when defining procurement as public, some aspects are considered: presence of public interest, organization of public authority and engagement of public law education in procurement activities.

According to L.M. Pakhomova, for a long period of time the term “public procurement” has not been associated with legislation on public procurement but was mainly used in civil legislation in the context of public auctions. Russia’s accession to the WTO predetermined the need to adopt documents regulating the concept of “government procurement” — primary in relation to public procurement, the concept of which was formulated in the optional agreement on government procurement (Pakhomova, 2019:189). Nevertheless, bringing the domestic procurement legislation in line with the requirements of international law contributed to formalizing public procurement and using this term in academic writing. In general, we note that quite a lot of modern legal scholars prefer using the concept “public procurement” (Kirpichev, 2021; Rodionova, 2020; Agapova & Belyayeva, 2020).

From the point of view of K.A. Pisenko, the federal law On the Contractual System in the Area of Procurement of Goods, Works and Services for Meeting State and Municipal Needs adopted in 2013 can be interpreted as a law on public procurement, which indicates the relevance of this concept (Pisenko, 2013).

Experts in the field of business law consider public procurement as procurement conducted publicly among an indefinite circle of potential participants using special electronic platforms; they classify public procurement into state (municipal), corporate and others (Gubin, 2020:477—478).

According to a number of experts, such understanding of public procurement is not entirely correct, since it indicates only the public nature of these purchases. L.M. Pakhomova suggests focusing on the targeted nature of procurement, that is, the conduct of competitive and non-competitive procurement procedures by state and municipal customers in the interests of the whole society and the state (Pakhomova, 2019:196—197).

From our point of view, the most correct way to characterize procurement activities is to use the term “публичные закупки” (public procurement), since this concept indicates implementation of public interest financed from state and local budgets.

It should be borne in mind that after the amendments introduced in the framework of improving regulation of certain issues of organization and functioning of public power⁹ in March 2020, the Constitution of the Russian Federation has legally formalized the

⁹ The Law of the Russian Federation on the Amendment to the Constitution of the Russian Federation No. 1-FKZ of 14.03.2020 On Improving the Regulation of Certain Aspects of the Organization and Functioning of Public Authority. Collection of Laws of the Russian Federation. 2020. No. 11. Article 1416.

concept of “public power”; it defines the term as a system consisting of local self-government bodies and state authorities that interact to effectively solve tasks and functions in the interests of population of the relevant territories.¹⁰

It is important that academic society has substantiated that a public law entity entering into contractual relations with counterparties as a special subject of civil law relations performing social functions acts as a party to the state contract (Andreeva, 1999; Andreeva, 2016:77).

Thus, public procurement should be understood as a system of legal relations where one party is an authorized representative of public authority who purchases goods, works and services at the expense of the relevant budget in order to realize public interest.

Features and main functions of public procurement

Summarizing the presented approaches to the concept of procurement, it is essential to outline its characteristic features:

- one party is the state or municipal entity represented by authorized representatives of public authorities (officials responsible for financial support and implementation of public procurement), as well as legal entities receiving budgetary funds for implementing public needs for goods, works and services,
- the source of financing is the funds of the state or municipal budget,
- the purpose of procurement is to realize the public interest expressed in the public need for goods, works and services,
- it is aimed at efficient spending of budget funds.

The importance of public procurement for society is manifested in the functions that they implement as an instrument of state regulation of the economy. The most significant, in our opinion, are the following: social, regulatory, reproductive, innovative, stimulating and cost optimizing.

The social function of public procurement is relative since the Russian Federation is a social state, and, therefore, it is necessary to maintain social stability by creating objects of social significance, as well as new jobs in regions with an unfavorable economic and industrial conditions especially during crisis, solving public problems and stimulating individual economic sectors through involving various segments of the population in the labor process. Through public procurement, goods are purchased to provide and support socially vulnerable groups of population.

The regulatory function of public procurement is substantially similar to the regulatory function of finance since it is expressed in the effective management of public expenditures, their most rational spending through indirect regulation of pricing and pricing policy by means of public procurement. It is expressed by granting the subjects of public authority the rule-making powers in the field of public procurement. It manifests itself both in adoption of subordinate regulatory legal acts specifying the processes of implementation and financial support of public procurement, and formation of mandatory instructions for customers, including due reporting.

¹⁰ Article 133 of the Constitution of the Russian Federation (adopted at national voting on 12.12.1993 with amendments approved during the all-Russian vote on 01.07.2020). Available at: <http://www.pravo.gov.ru/> [Accessed 30th July 2022].

The reproductive function of public procurement intersects with innovation since it allows not only to satisfy the public need of the state for goods, works and services necessary for its functioning, but also provides an opportunity to ensure conditions for national production by stimulating purchases of innovative, high-tech, unique and experimental products (Smotritskaya & Chernykh, 2016:140—141).

The special importance of the innovative function of public procurement is highlighted by I.I. Smotritskaya and S.I. Chernykh who argue that new technologies promote economic modernization of the state since public procurement contributes to the budget financing the innovative technologies (Smotritskaya & Chernykh, 2010:112—113). A number of Russian researchers who believe that public procurement is a complex innovation system also share such position. (Kolmykova, Merzlyakova & Artemyev, 2016; Kolmykova & Astapenko, 2017; Kolmykova, Alpeeva & Semenikhina, 2018:246).

The stimulating function of public procurement can be considered both within the regulatory framework and as an independent function that provides benefits and preferences in procurement to individual economic entities (for example: national producers, small business entities, socially oriented organizations, institutions of the penal enforcement system, etc.). Benefits and preferences are applied simultaneously with the establishment of restrictions and prohibitions on the purchase of products manufactured by foreign countries whose actions are defined as unfriendly towards the Russian Federation.

The cost optimization function is manifested in the ability to ensure the most appropriate use of available public funds allocated for the purchase of goods, works and services. Through government orders, it is possible to influence the pricing dynamics of their certain types. S.A. Cheremukhin pays great attention to this function, pointing out that public procurement is necessary for the state to perform certain tasks: to optimize expenditures of state and municipal budget funds, to minimize uncontrolled costs, etc. (Cheremukhin, 2010:33).

Types of legal relations in public procurement

Considering public procurement as a system of legal relations, it should be noted that it is regulated by the norms of financial law, administrative law and civil law.

Earlier, when considering the model structure of the state order, the essence of which is expressed by the content and specifics of public relations arising throughout all its sequentially related stages, we focused on the administrative and legal regulation of relations aimed primarily at protecting the public rights and legitimate interests of individuals entering into legal relations with public authorities in this sphere (Kikavets, 2010). At the same time, we highlighted the main challenge — insufficient regulation of planning and forming state orders with excessive procedural regulation.

From our point of view, the relations arising in the process of planning public needs, formation, distribution and redistribution of financial resources are governed by the rules of financial law, whereas planning of public procurement and preparation of necessary information and documentation for competitive and non—competitive procurement are

governed by the rules of administrative law. We would rather refer such relations to managerial intra-apparatus.

From our point of view the relations that arise between subjects of primarily governmental executive and administrative activities (authorized representatives of public authorities) and private individuals (procurement participants) in the process of determining the supplier (contractor) should be governed by administrative law, and the performance of contractual obligations and their payment should be regulated not only by the norms of civil, but also financial and administrative law. Implementation of all types of control in public procurement is subject to the norms of administrative and financial law. Thus, financial, administrative and civil laws are involved in regulating relations regarding public procurement.

Subjects of legal relations in public procurement

Let us look at the subjects of legal relations in public procurement. In accordance with Law No. 44-FZ, subjects of public procurement involve customers, including state and municipal, customer's contract service or contract manager, procurement commission, suppliers (contractors), including small business entities, socially oriented non-profit organizations, institutions and enterprises of the penitentiary system and enterprises of disabled people, electronic trading platforms and operators of electronic trading platforms, executive authorities empowered to control and regulate the contract system in the field of procurement, authorized bodies and organizations, specialized organizations, experts and expert organizations, banks and credit organizations.

Given the variety of subjects, it is essential to systematize them. We can classify them into three main groups; classification is based on their functionality and actions regulated by the rules of law, which are implemented at each of the successive stages of public procurement such as planning, determining the supplier (contractor), concluding, amending, executing (terminating) of contract, disposing the received benefit (for life cycle contracts).

Thus, the main subjects of public procurement, which will be discussed in more detail further on, include authorized representatives of public authorities, economic entities and derived entities.

Authorized representatives of public authorities involve entities that finance public procurement, entities authorized to exercise control and regulation of public procurement, entities authorized to centralize procurement and conduct joint bidding (authorized bodies and organizations), customers (chief managers and managers of budget funds, recipients of budget funds, budgetary and autonomous institutions, as well as state corporations directly specified in regulatory legal acts).

Economic entities or procurement participants at the stage of the competitive procurement procedure, and contractors or suppliers at the stage of fulfilling a contractual obligation form another category. In addition to legal entities, and individuals including individual entrepreneurs, small business entities and socially oriented public organizations, institutions and enterprises of the penitentiary system, organizations (societies) of the disabled are also included in this category forming a separate group.

To derivative entities we refer banks and credit organizations, electronic trading platforms and specialized organizations. We believe that the presence of these entities and their actions in public procurement invariably entail additional (indirect) budget expenses since they constitute a significant share of transaction costs, both of the customer and the business entity, thus increasing the final cost of goods, works and services. The costs of the customer involve the costs of equipping the workplaces of contract service employees and managers, members of the procurement commission, including the costs of their additional professional education, etc. The costs of economic entities involve expenses for interim measures (applications, contracts, guarantee obligations), operation of electronic signature, opening and maintaining special accounts, payment for services of electronic trading platform, administrative and judicial protection of violated rights and legitimate interests and some others.

Below is a graph featuring legal relations in public procurement.

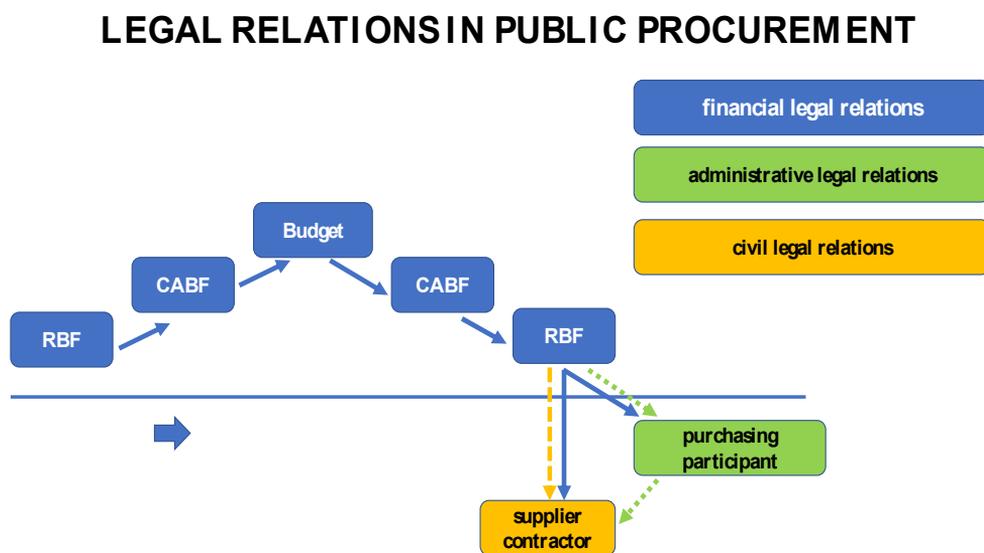


Figure 1. Legal relations in public procurement

Organizational legal relations between authorized representatives of public authorities (customer — recipient of budget funds — RBF) — authority (chief administrator of budget funds — CABF) as part of implementing budget process are mainly regulated by the norms of financial law. The legal relations formed between the authorized representative of the public authority (the customer) and the procurement participants, other subjects of the contract system interested in the process of implementing competitive and non-competitive procurement are regulated by the norms of administrative law. Contractual obligations are regulated mainly by the norms of civil law.

The content of the administrative and legal regulation of public procurement consists in adopting, adjusting and applying of legal norms by public authorities through establishing uniform rules, rights and obligations of subjects of public procurement. In

this case, rights can be considered as possible behavior, and obligations as necessary behavior of subjects of the public procurement. At the same time, these subjective rights and legal obligations are necessarily provided with state protection and possibility to apply administrative sanctions.

Public procurement regulation under the norms of administrative law helps to solve the administrative tasks of public authorities in terms of determining the public need followed by planning the procedure for its provision through legislative consolidation and realization of administrative rights and legal obligations by subjects of public procurement. Administrative and legal regulation not only establishes the most appropriate behavior of the subjects of this sphere but also guarantees state assistance, support and protection in order to achieve the desired result.

Taking into account the foregoing, regulation of public procurement by the norms of administrative law allows to create a legal mechanism for public authorities to develop this sphere in the interests of the whole society and each of its members, to ensure freedom of economic activity, growth of public production and development of fair competition and small business, to combat corruption, to strengthen economy and defense potential of the country.

Results

The analysis of lawmaking and law enforcement in public procurement has shown the strict administration of the counterparty selection process, which does not fully take into account the financial component of the process of ensuring public interest, including transaction costs of key procurement entities (Kikavets, 2020).

Legal relations regulated by financial law, despite the strife, have a pronounced power-property character, since they provide public interests (Karaseva, 2000:92; Karaseva, 2001:94; Zhuravleva, 2013:63—71). Consequently, the quintessence of financial and legal relations is the public interest, for which the public authority allocates funds and establishes the procedure for implementing public procurement.

In order to achieve the most effective result, the public authority constructs norms that contain various degrees of industry identification. Sometimes the same normative act can be attributed to different branches of law to varying degrees. On the other hand, in order to ensure effective regulation of public relations in general, and regulatory functions of the branch of law, in particular, it is essential to attract norms of a different industry affiliation. The most acute and contradictory approaches are formed in the sphere of interaction between public and private law since they are formed on different ways of influencing regulated public relations (Tsindeliani, 2012:364—379). Financial relations, being not only initiated, but also directly generated by the state as a special participant in civil turnover, are legally governed by the entire complex of funds held by public authorities, not only under financial law (Zapolsky, 2017:14).

Power and property relations are implemented both by legislative authorities (lawmaking, consideration and approval of the budget, reporting on its execution), and executive authorities (drafting the budget and reporting on budget execution, approving the state assignment to subordinate budgetary institutions). The position of the strong party provides a unilateral procedure for such implementation between the state body and

subordinate budgetary, state—owned and autonomous institutions, forming a linear dependence of the subjects of budgetary legal relations (the chief administrator of budgetary funds — the administrator of budgetary funds — the recipient of budgetary funds).

Pointing to the dialectical relationship between the treasury and the interests of society, V.A. Lebedev drew attention to the fact that the main task of finance as a science is indispensable reconciliation of the interests of the treasury with the interests of society: “if the people are rich — they can give a lot; if the treasury is rich — it can do a lot to improve the national economy” (Lebedev, 1889:50—51).

The priority of regulating public procurement by the norms of public law (administrative and financial) is justified by its original essence: financing of public needs, determined in accordance with the functions and powers of public authorities, is carried out at the expense of the relevant budgets and state extra-budgetary funds. The volume of public procurement depends entirely and directly on the planned budget expenditures (Fig. 2, 3).

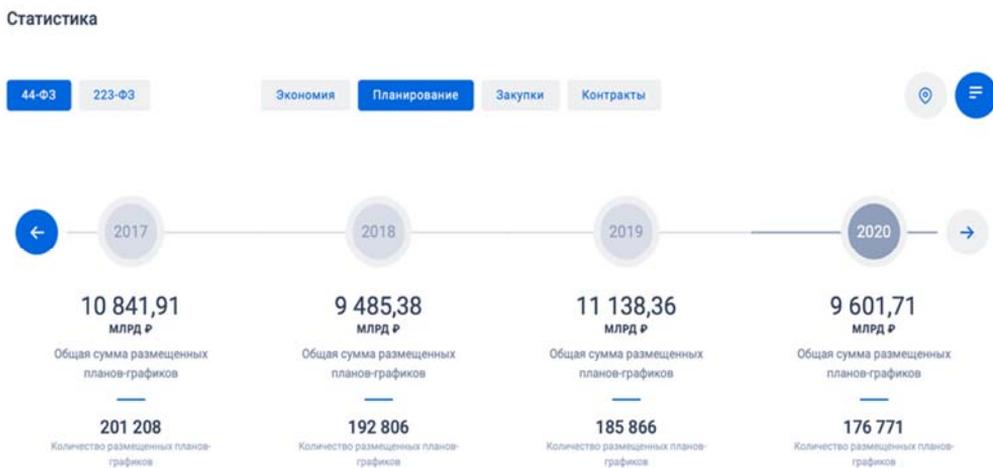


Figure 2. Amounts of planned expenditures of the federal budget, budgets of constituent entities of the Russian Federation, municipal budgets (statistical data of the Unified Information System. Available at: <https://zakupki.gov.ru/epz/main/public/home.html>). [Accessed 30th July 2022].

P.M. Godme asserts that “public finances are the part of state property that is subject to special legal regulation. The flexibility and turnover of this part of the property and associated possibility of abuse require that public finances be regulated by special legal norms” (Godme, 1978:38).

One of the actions of the Government of the Russian Federation in relation to the financial support of public procurement is the resolution on temporary (until 31.12.2020) permission to advance obligations (up to 50% of the contract price) for construction, reconstruction and overhaul of capital construction facilities¹¹.

¹¹ Decree of the Government of the Russian Federation No. 630 of 30.04.2020 On Amendments to the Decree of the Government of the Russian Federation No. 1803 of December 24, 2019 and on Suspension of Certain Provisions of Certain Acts of the Government of the Russian Federation. Legal reference system “ConsultantPlus”.

Статистика

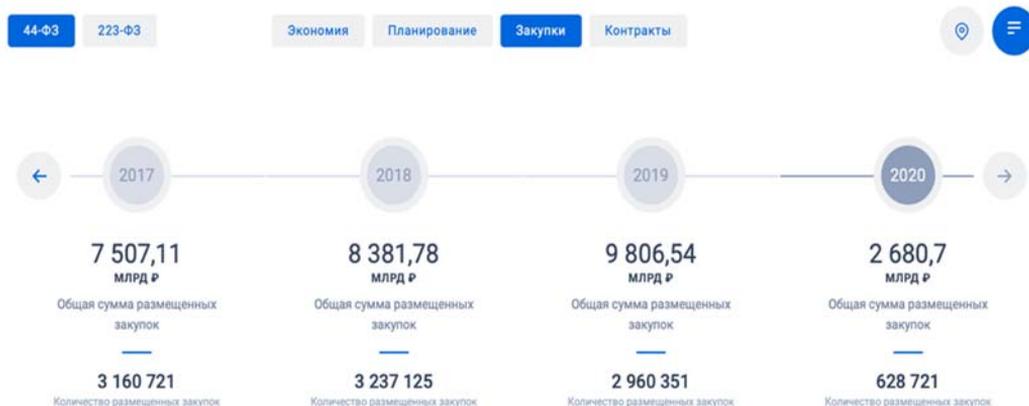


Figure 3. Amounts of expenses actually incurred by the federal budget, budgets of constituent entities of the Russian Federation, municipal budgets (statistical data of the Unified Information System. Available at: <https://zakupki.gov.ru/epz/main/public/home.html>). [Accessed 30th July 2022].

Administrative legal relations in public procurement, in addition to determining the public need for goods, works and services within the framework of solving administrative tasks (including strategic planning, national development, etc.) establish uniform rules, rights and obligations of subjects of the contract system, among which:

- procedure and timing of posting the necessary procurement information in the Unified Information System (UIS),
- functionality of the contract service (contract manager) of the customer, the procurement commission,
- competitive and non-competitive procedures for selecting a supplier (contractor),
- establishment of preferences, restrictions, prohibitions in the process of public procurement,
- requirements for procurement participants, for the description of the object of purchase,
- conflict of interest and anti-corruption measures,
- ability of the customer and the counterparty to change or terminate a contractual obligation,
- administrative (procedural) and departmental control,
- antimonopoly requirements for public procurement,
- procedure for protecting rights and legitimate interests in public procurement.

Financial and legal relations in public procurement, from our point of view, fully correspond to the position of M.A. Gurvich, who previously identified the following groups of relations regulated by financial law:

- arising in connection with the budget process,

- arising with the establishment of the competence of state authorities and management bodies for distribution of national revenues and the state budget,
- arising with the expenditure of funds by state bodies,
- arising with voluntary attracting funds of organizations and citizens by the state,
- arising with regulation of relations within the unified system of financial and credit relations,
- arising with financial control implementation (Gurvich, 1952).

Civil law relations arising in public procurement are the result of consistent actions on the part of the customer, such as:

- identifying the public needs for goods, works, and services for the purposes of budget appropriation,
- drafting the roadmap, procurement schedule with justification and cost assessment of the need, placement in the EIS with reference to the Electronic budget system,
- carrying out the procedure for selecting a supplier (contractor) or concluding a contract with a single supplier (contractor).

Thus, legal relations in public procurement regulated by the norms of civil law (contractual relations) arise exclusively after relations regulated by the norms of public law (administrative and financial).

I.A. Tsindeliani emphasizes that “the interconnectedness and interpenetration of the norms of public and private law generate development of the convergence process as a sphere aimed at harmonization of legal instruments. The convergence process manifests itself in specific forms, namely in regulatory legal acts. Often the legislator follows the path of direct borrowing of private law structures to regulate relations in the field of public finance. For example, securing obligations involve such civil law institutions as surety, pledge and bank guarantee” (Tsindeliani, 2012:364—379).

Such approach demonstrates correlation of the norms of public and private law, including their interpenetration. Thus, E.D. Sokolova believes that civil law norms should play a secondary role in the process of regulating financial and legal relations (Sokolova, 2006:105). This is reflected both in regulatory acts (e.g., Article 239 Budget Immunity of the Budgetary Code of the Russian Federation) and in judicial acts¹².

It is worth noting that the legislator is gradually strengthening the priority of public law, for example, by removing the provision of Article 239 concerning underfunding and compensation of losses to individuals and legal entities as a result of illegal actions (inaction) of state bodies and their officials¹³ from the Budgetary Code.

¹² Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 8-P of 14.07.2005 On Checking Constitutionality of Certain Provisions of Federal Laws on the Federal Budget for 2003, for 2004 and for 2005 and Decree of the Government of the Russian Federation On the Procedure for the Execution by the Ministry of Finance of the Russian Federation of Judicial Acts on Claims to the Treasury of the Russian Federation for Compensation for Damage Caused by Illegal Actions (Inaction) of Public Authorities or Officials of Public Authorities in Connection with Complaints of Citizens E.D. Zhukhovitsky, I.G. Poima, A.V. Poniatovsky, A.E. Cheslavsky and Khabarovsk Power, JSC. Bulletin of the Constitutional Court of the Russian Federation. 2005. No. 4.

¹³ Federal Law No. 197-FZ of 27.11.2005 On Amendments to the Budgetary Code of the Russian Federation, the Civil Procedure Code of the Russian Federation, the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation

However, there is also an opposite point of view, which is expressed by S.V. Zapolsky, who believes that the use of civil law institutions in tax law should be a priority (Zapolsky, 2008:27).

On the one hand, the priority of civil law relations seems to guarantee equality of the parties in fulfilling contractual obligations and responsibilities, on the other hand, it does not contribute to the full-fledged timely provision of public interest by satisfying public needs for goods, works, and services, while increasing the risks of possible financial losses for the budget. Moreover, freedom of contract, which implements the principles of equality of the parties, openness, etc., also entails certain limits (imperative restrictions), such as restrictions within the framework of the legislation of the Russian Federation, the need to protect the “weaker party”, etc.

Conclusion

The study of the concept, content and essence of public procurement allows to determine that the term “public procurement” is the best to be used in terms of the norms of the Constitution of the Russian Federation and implementation of public interest funded from state and local budgets.

Public procurement should be understood as a system of legal relations where one party is an authorized representative of public authority who purchases goods, works, and services at the expense of the relevant budget in order to realize public interest.

The research highlights characteristic features of public procurement and its most significant functions; they are social, regulatory, reproductive, innovative, stimulating, and cost optimizing.

The classification of subjects of public procurement has been carried out by dividing them into authorized representatives of public authorities, economic and derivative entities. At the same time, in order to increase the efficiency of budget spending and optimize the management and financial support of public procurement, we recommend abolishing a number of derivative entities and transfer their functions to entities that provide financial support for public procurement.

Public procurement is regulated by the rules of financial law, administrative law and civil law. The priority of public law norms seems justified due to the fact that the volume of public procurement, as well as its financing, entirely and directly depends on the solution of administrative tasks to determine the public needs for goods, works, and services, as well as on planned budget expenditures. Moreover, legal relations in public procurement regulated by the norms of civil law (contractual relations) arise exclusively after the relations governed by the norms of public law.

References / Список литературы

Agapova, E.V. & Belyayeva, O.A. (2020) Extraordinary legal regime for public procurement from small and medium-sized businesses. *Journal of entrepreneurial and corporate law*. 3(19), 26—31. (in Russian).

and the Federal Law On Enforcement Proceedings. Collection of Laws of the Russian Federation. 2006. No. 1, Article 8.

- Агапова Е.В., Беляева О.А. Неординарный правовой режим публичных закупок у субъектов малого и среднего бизнеса // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2020. № 3(19). С. 26—31.
- Altsyvanovych, O.V., & Tsybalenko, Ya.Yu. (2018) Theoretical and categorical analysis of the concept of public procurement and corruption risks in their implementation in Ukraine. *Aspects of public administration*. (9), 92—103. <https://doi.org/10.15421/151858>
- Andreeva, L.V. (1999) Legal problems of ensuring state needs. *State and law*. (8), 25—30. (in Russian).
- Андреева Л.В. Правовые проблемы обеспечения государственных нужд // Государство и право. 1999. № 8. С. 25—30.
- Andreeva, L.V. (2016) The theory of public procurement in business law science. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 11(27), 73—81. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2016.27.11.073-081> (in Russian).
- Андреева Л.В. Теория государственных закупок в науке предпринимательского права // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11(27). С. 73—81. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2016.27.11.073-081>
- Arykbayev, R.K. & Gadzhieva, V.T. (2010) Formation and development of a contract system for placing a state order in the Russian Federation. *Business. Education. Right*. 3(13), 22—27. (in Russian).
- Арыкбаев Р.К., Гаджиева В.Т. Формирование и развитие контрактной системы размещения государственного заказа в Российской Федерации // Бизнес. Образование. Право. 2010. № 3(13). С. 22—27.
- Belov, V.E. (2005) Legal regulation of state order placement. *Law and Economics*. (2), 7—9. (in Russian).
- Белов В.Е. Правовое регулирование размещения государственного заказа // Право и экономика. 2005. № 2. С. 7—9.
- Bordunova, S.A. (2011) Legal regulation of state and municipal orders under the legislation of the Russian Federation: Diss. ... cand. Legal of sciences. Moscow, RUDN. (in Russian).
- Бордунова С.А. Правовое регулирование государственных и муниципальных заказов по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М.: РУДН, 2011. 223 с.
- Cheremukhin, S.A. (2010) Public procurement: content and role in economic development. *Tambov University Review. Series: Humanities*. 2(82), 31—36. (in Russian).
- Черемухин С.А. Государственные закупки: содержание и роль в развитии экономики // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2010. № 2(82). С. 31—36.
- Davletshina, L.M. (2007) *State order as an instrument of industrial policy (on the example of the Republic of Tatarstan): Diss. ... cand. of Economic sciences*. Kazan, Kazan Financial and Economic Institute. (in Russian).
- Давлетишина Л.М. Государственный заказ как инструмент проведения промышленной политики (на примере Республики Татарстан): дис. ... канд. экон. наук. Казань: Казан. финансово-эконом. ин-т, 2007. 243 с.
- Ilyukhin, V.V. (2006) *State order as a form of development and support of small enterprises in the service sector: Diss. ... cand. of Economic sciences*. Moscow, Moscow state service university. (in Russian).
- Ильюхин В.В. Государственный заказ, как форма развития и поддержки малых предприятий сферы услуг: дис. ... канд. экон. наук. М.: Моск. гос. ун-т сервиса, 2006. 150 с.
- Freiberg, T.V. (2006) *State (municipal) order as a form of organization of budget financing: Diss. ... cand. of Economic sciences*. Irkutsk, Baikal State University of Economics and Law. (in Russian).

- Фрайберг Т.В.* Государственный (муниципальный) заказ как форма организации бюджетного финансирования: дис. ... канд. экон. наук. Иркутск: Байкальский государственный университет экономики и права, 2006. 300 с.
- Gadzhieva, V.T. (2011) State orders as an instrument of state financial regulation of the economy. *Business. Education. Right*. 1(14), 176—183. (in Russian).
- Гаджиева В.Т.* Государственные заказы как инструмент государственного финансового регулирования экономики // Бизнес. Образование. Право. 2011. № 1(14). С. 176—183.
- Galanov, V.A., Grishina, O.A. & Shibaev, S.R. (2012) Didactic materials “Logistics of public procurement”. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
- Галанов В.А., Гришина О.А., Шibaев С.Р.* Дидактические материалы «Логистика государственных закупок». М.: ИНФРА-М, 2012. 246 с.
- Gladkov, V.S. (2008) State order in the sphere of state management of the economy: Diss. ... cand. of Legal sciences. Rostov-on-Don, Rostov Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (in Russian).
- Гладков В.С.* Государственный заказ в сфере государственного управления экономикой: дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, Рост. юрид. ин-т МВД РФ, 2008. 193 с.
- Godme, P.M. (1978) *Financial Law*. Moscow, Progress Publ. (in Russian).
- Годме П.М.* Финансовое право М.: Прогресс, 1978. 428 с.
- Gubin, E.P. (2020) Entrepreneurial law of the Russian Federation. Gubin, E.P. & Lahno, N.G. (eds.). 3rd ed., reprint. and add. Moscow, Norma Publ.: INFRA-M Publ. (in Russian).
- Губин Е.П.* Предпринимательское право Российской Федерации / отв. ред. Е.П. Губин, Н.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2020. 992 с.
- Gurvich, M.A. (1952) *Soviet financial law*. Moscow, Gosyurizdat Publ. (in Russian).
- Гурвич М.А.* Советское финансовое право. М.: Госюриздат, 1952. 324 с.
- Karaseva, M.V. (2001) *Financial legal relationship*. Moscow, Norma Publ.: INFRA-M Publ. (in Russian).
- Карасева М.В.* Финансовое правоотношение. М.: Норма: ИНФРА-М, 2001. 288 с.
- Karaseva, M.V. (2000) Financial law and politics in modern Russia. *Legal policy and legal life*. (11), 90—102. (in Russian).
- Карасева М.В.* Финансовое право и политика в современной России // Правовая политика и правовая жизнь. 2000. № 11. С. 90—102.
- Kikavets, V.V. (2010) *Administrative and legal regulation of the state order in the Russian Federation*: Diss. ... Cand. of Legal Sciences. Moscow, RUDN. (in Russian).
- Кикавец В.В.* Административно правовое регулирование государственного заказа в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М.: РУДН, 2010. 201 с.
- Kikavets, V.V. (2020) Public interest in procurement. *RUDN Journal of Law*. 24(4), 1039—1062. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2020-24-4> (in Russian).
- Кикавец В.В.* Публичный интерес в сфере закупок // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Том 24, № 4. С. 1039—1062. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2020-24-4>
- Kirpichev, A.E. (2021) Public sector procurement and the system of law of obligations: terminology and selection of applicable rules. *Law*. (8), 52—66. (in Russian).
- Кирпичев А.Е.* Закупки для нужд публичного сектора и система обязательственного права: терминология и выбор применимых норм // Закон. 2021. № 8. С. 52—66.
- Kichik, K.V. (2012) *State (municipal) order of Russia: legal problems of formation, placement and execution: monograph*. Moscow, Yustitsinform Publ. (in Russian).
- Кичик К.В.* Государственный (муниципальный) заказ России: правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: монография. М.: Юстицинформ, 2012. 261 с.

- Kolmykova, T.S., Merzlyakova, E.A. & Artemyev, O.G. (2016) Estimation of innovative potential of the region: methodological and applied aspects. *Izvestiya Yugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. Series: Economics. Sociology. Management.* 2(19), 37—45. (in Russian).
Колмыкова Т.С., Мерзлякова Е.А., Артемьев О.Г. Инновационный потенциал: методологический и прикладной аспекты оценки // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия: Экономика. Социология. Менеджмент. 2016. № 2(19). С. 37—45.
- Kolmykova, T.S. & Astapenko, E.O. (2017) Modern aspects of assessing the innovative potential of the region. *Region: systems, economics, management.* 2(37), 48—52 (in Russian).
Колмыкова Т.С., Астапенко Е.О. Современные аспекты оценки инновационного потенциала региона // Регион: системы, экономика, управление. 2017. № 2(37). С. 48—52.
- Kolmykova, T.S., Alpeeva, E.A. & Semenikhina, E.B. (2018) The modern system of public procurement in ensuring the innovative development of the economy. *Economics in industry.* 11(3), 242—248. (in Russian).
Колмыкова Т.С., Алпеева Е.А., Семенихина Е.Б. Современная система государственных закупок в обеспечении инновационного развития экономики // Экономика в промышленности. 2018. Т. 11. № 3. С. 242—248.
- Kowalczyk, E. (2021) Normative concept of public procurement conditions. *Studia Prawnoustrojowe.* (53), 321—334. <https://doi.org/10.31648/sp.6811> (in Polish).
Kowalczyk E. koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego // Studia Prawnoustrojowe. 2021. №53. С. 321—334. <https://doi.org/10.31648/sp.6811>
- Khramkin, A.A. (2008) *Handbook of the state customer.* 4th ed., suppl. Moscow, Jurisprudence Publ. (in Russian).
Храмкин А.А. Настольная книга госзаказчика. 4-е изд-е, доп. М.: Юриспруденция, 2008. 688 с.
- Kuznetsov, K.V. (2003) Supplier and buyer's handbook: auctions, contests, tenders. Moscow, Alpina Publisher. (in Russian).
Кузнецов К.В. Настольная книга поставщика и закупщика: торги, конкурсы, тендеры. М.: Альпина Паблицер, 2003. 339 с.
- Kuznetsov, V.I. (2005) *Legal regulation of the Institute of state order: Diss. ... cand. of Legal sciences.* Moscow, Russian Academy of Public Administration under the President of the Russian Federation. (in Russian).
Кузнецов В.И. Правовое регулирование института государственного заказа: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, Рос. акад. гос. службы при Президенте РФ. 2005. 226 с.
- Lebedev, V.A. (1889) *Financial Law.* Vol. 1. Ed. 2nd, reprint. Saint Petersburg, Wolf's A.M. typolithogr Publ. (in Russian).
Лебедев В.А. Финансовое право. Т. 1. Изд. 2-е, перераб. СПб.: типолитогр. А.М. Вольфа, 1889. 828 с.
- Linders, M., Jones, F., Flynn, A. & Fearon, G. (2007) Procurement and supply management; 13th ed. Transl. from English. Shcherbanin, Yu.A. (ed.). Moscow, UNITY-DANA Publ. (in Russian).
Линдерс М., Джонс Ф., Флинн А., Фирон Г. Управление закупками и поставками / пер. с англ. под ред. Ю.А. Щербанина. 13-е изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. 751 с.
- Lloyd, R.E., & McCue, C.P. (2004) What is public procurement? Definitional problems and implications. In: *International public procurement conference proceedings.* Vol. 3. pp. 1—29. Available at: <http://www.ippa.org/IPPC1/PROCEEDING%20PAPERS/LloydMcCue.pdf>.
- Lopatnikov, V.S., Sokolova, I.P. & Tazhetdinov, S.R. (2008) *Procurement for state needs: Features of legislation and control over its compliance (on the example of Saint Petersburg): monograph.* Saint Petersburg, Nauka Publ. (in Russian).

- Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р.* Закупки для государственных нужд: Особенности законодательства и контроль за его соблюдением (на примере Санкт-Петербурга): вонография. СПб.: Наука, 2008. 232 с.
- Martynenko, G.I. (2006) Placing orders for the supply of goods, performance of works, provision of services for state and municipal needs, antimonopoly control. *Law and Economics*. (10), 16—21. (in Russian).
- Мартыненко Г.И.* Размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, антимонопольный контроль // *Право и экономика*. 2006. № 10. С. 16—21.
- Melnikov, V. V. (2005) *Improving the mechanism of public procurement based on improving the efficiency of competitive bidding in the Russian Federation: Diss. ... cand. of Economic sciences*. Novosibirsk, Novosibirsk State University of Architecture and Civil Engineering. (in Russian).
- Мельников В.В.* Совершенствование механизма государственных закупок на основе повышения эффективности конкурсных торгов в Российской Федерации: дис. ... канд. экон. наук. Новосибирск: Новосибирский государственный архитектурно-строительный университет. 2005. 182 с.
- Melnikov, V.V. (2016) Formation of the Russian government procurement system on market principles. *Terra Economicus*. 14(4), 54—72. <https://doi.org/10.18522/2073-6606-2016-14-4-54-72> (in Russian).
- Мельников В.В.* Становление системы правительственных закупок России на рыночных принципах // *Terra Economicus*. 2016. Т. 14. № 4. С. 54—72. <https://doi.org/10.18522/2073-6606-2016-14-4-54-72>
- Nemchenko, L.I. (2017) *Tools for evaluating the effectiveness and vectors of development of the procurement system in the field of state and municipal finance: Diss. ... cand. of Economic sciences*. Krasnodar, North Caucasian Federal University. (in Russian).
- Немченко Л.И.* Инструментарий оценки эффективности и векторы развития системы закупок в сфере государственных и муниципальных финансов: дис. ... канд. экон. наук. Краснодар: Северо-Кавказский федеральный университет, 2017. 162 с.
- Nesterovich, N.V. (1998) Procurement. Principles of organization of procurement of products for state needs. *Competitive bidding*. (12), 44—46. (in Russian).
- Нестерович Н.В.* Прокьюремент. Принципы организации закупки продукции для государственных нужд // *Конкурсные торги*. 1998. № 12. С. 44—46.
- Nesterovich, N.V. & Smirnov, V.I. (2000) *Competitive bidding for the purchase of products for state needs*. Svinarenko, A.G. (ed.). Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
- Нестерович Н.В., Смирнов В.И.* Конкурсные торги на закупку продукции для государственных нужд / под ред. А.Г. Свинаренко. М.: ИНФРА-М, 2000. 360 с.
- Nozdrachev, A.F. (1990) The legal nature of state orders. *The Soviet State and law*. (3), 44—54. (in Russian).
- Ноздрачев А.Ф.* Правовая природа госзаказов // *Советское государство и право*. 1990. № 3. С. 44—54.
- Pakhomova, L.M. (2019) Problems of definitions of legal regulation of the public procurement system. *Ars Administrandi*. 11(2), 184—199. <https://doi.org/10.17072/2218-9173-2019-2-184-199> (in Russian).
- Пахомова Л.М.* Проблемы дефиниций правового регулирования системы публичных закупок // *Ars Administrandi*. Искусство управления. 2019. Т. 11. № 2. С. 184—199. <https://doi.org/10.17072/2218-9173-2019-2-184-199>
- Pisenko, K.A. (2013) Public and private procurement: grounds and problems of a differentiated approach to regulation. *Financial law*. (12), 13—17. (in Russian).

- Писенко К.А. Публичные и частные закупки: основания и проблемы дифференцированного подхода к регулированию // *Финансовое право*. 2013. № 12. С. 13—17.
- Razinkov, P.I. & Evseeva, E.M. (2016) Public procurement: the concept and essence. In: *Problems of management in socio-humanitarian, economic and technical systems*. Materials of the All-Russian scientific and practical conference: in two parts. Tver, Tver State Technical University, 130—136. (in Russian).
- Разиньков П.И., Евсеева Е.М. Государственные закупки: понятие и сущность // Проблемы управления в социально-гуманитарных, экономических и технических системах. Материалы всероссийской научно-практической конференции: в 2 ч. Тверь: Тверской государственный технический университет, 2016. С. 130—136.
- Rodionova, O.M. (2020) Method of legal regulation for public procurement in the context of their digitalization. *Journal of entrepreneurial and corporate law*. 1(17), 8—11. (in Russian).
- Родионова О.М. Метод правового регулирования публичных закупок в условиях цифровизации // *Журнал предпринимательского и корпоративного права*. 2020. № 1(17). С. 8—11.
- Sheshukova, T.G. (2018) Public procurement system: concept, impact on the economy. *International accounting*. 21(5(443)), 520—527. <https://doi.org/10.24891/ia.21.5.520> (in Russian).
- Шешукова Т.Г. Система государственных закупок: понятие, влияние на экономику // *Международный бухгалтерский учет*. 2018. Т. 21. № 5(443). С. 520—527. <https://doi.org/10.24891/ia.21.5.520>
- Shmeleva, M.V. (2015) The concept and legal nature of the state contract. *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. 2(103), 248—253. (in Russian).
- Шмелева М.В. Понятие и правовая природа государственного контракта // *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2015. № 2(103). С. 248—253.
- Shmeleva, M.V. (2022) *The concept of state (municipal) procurement in the Russian Federation*: Diss. ... Doct. of Legal Sciences. Saratov, Saratov State Law Academy. (in Russian).
- Шмелева М.В. Концепция государственных (муниципальных) закупок в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, Саратовская государственная юридическая академия. 2022. 1134 с.
- Smotritskaya, I.I. (2009a) *Transformation of the public procurement system in the Russian economy*: Diss. ... Doct. of Economic Sciences. Moscow, Institute of Economics RAS. (in Russian).
- Смотрецкая И.И. Трансформация системы государственных закупок в российской экономике: дис. ... д-ра экон. наук. М.: Ин-т экономики РАН, 2009. 325 с.
- Smotritskaya, I.I. (2009b) *Economics of public procurement: monograph*. Moscow, URSS Publ. (in Russian).
- Смотрецкая И.И. Экономика государственных закупок: монография. М.: URSS, 2008. 226 с.
- Smotritskaya, I.I. & Chernykh, S.I. (2010) Public procurement and the formation of an innovative economy. *Economic issues*. (6), 108—117. (in Russian).
- Смотрецкая И.И., Черных С.И. Государственные закупки и формирование инновационной экономики // *Вопросы экономики*. 2010. № 6. С. 108—117.
- Smotritskaya, I.I. & Chernykh, S.I. (eds.). (2016) *Institute of public procurement in the modern russian economy: monograph*. Moscow, Institute of Economics of the Russian Academy of Sciences. (in Russian).
- Институт общественных закупок в современной российской экономике: монография / под ред. И.И. Смотрецкой, С.И. Черных. М.: Институт экономики Российской академии наук, 2016. 280 с.

- Smotritskaya, I.I. & Shuvalov, S.S. (2017) Development of the institute of public procurement (towards the formation of a new model of the contract procurement system). *Ekonomicheskie i sotsial'nye peremeny: fakty, tendentsii, prognoz.* 5(53), 99—114. <https://doi.org/10.15838/esc.2017.5.53.7> (in Russian).
Смотряцкая И.И., Шувалов С.С. Развитие института публичных закупок (к формированию новой модели контрактной системы закупок) // Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз. 2017. № 5 (53). С. 99—114. <https://doi.org/10.15838/esc.2017.5.53.7>
- Sokolova, E.D. (2006) *Legal foundations of the financial system of Russia*. Gracheva, E.Y. (ed.). Moscow, Jurisprudence Publ. (in Russian).
Соколова Э.Д. Правовые основы финансовой системы России / отв. ред. Е.Ю. Грачева. М.: Юриспруденция, 2006. 112 с.
- Tsindeliani, I.A. (2012) Public and private principles in the formation of complex entities in the system of financial law. In: *The ratio of public and private in the legal regulation of financial and related economic relations. Materials of the international scientific and practical conference*. Moscow, RAJ Publ. pp. 364—379. (in Russian).
Цинделиани И.А. Публичные и частные начала в формировании комплексных образований в системе финансового права // Соотношение публичного и частного в правовом регулировании финансовых и смежных экономических отношений. Материалы международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2012. С. 364—379.
- Yakovleva, I.G. (2017) *Request for quotations and request for proposals as procurement methods*: Diss. ... Cand. of Legal Sciences. Moscow, Russian State University of Justice. (in Russian).
Яковлева И.Г. Запрос котировок и запрос предложений как способы закупок: дис. ... канд. юрид. наук. М.: Рос. гос. ун-т правосудия, 2017. 189 с.
- Zapolsky, S.V. (2008) *Debatable issues of the theory of financial law: monograph*. Moscow, RAP Publ.: Eksmo Publ. (in Russian).
Запольский С.В. Дискуссионные вопросы теории финансового права: монография. М.: РАП; Эксмо, 2008. 160 с.
- Zapolsky, S.V. (2014) *Financial mechanism and law: monograph*. Moscow, Contract Publ. (in Russian).
Запольский С.В. Финансовый механизм и право: монография. М.: Контракт, 2014. 248 с.
- Zapolsky, S.V. (2017) Financial mechanism and law: new challenges. In: Bochkareva, E.A. (ed.). *Administrative and financial law in the conditions of a new economic reality: experience and prospects: Materials of the All-Russian Scientific and Practical Conference (October 14—15, 2017). Collection of articles*. Krasnodar, Yug Publ. pp. 8—17. (in Russian).
Запольский С.В. Финансовый механизм и право: новые вызовы // Административное и финансовое право в условиях новой экономической реальности: опыт и перспективы: Материалы Всероссийской научно-практической конференции (14—15 октября 2017 г.). Сборник статей / отв. ред. Бочкарева Е.А. Краснодар: Юг, 2017. С. 8—17.
- Zhuravleva, O.O. (2013) The principle of cooperation between tax authorities and taxpayers. *Journal of Russian Law*. (3), 63—71. (in Russian).
Журавлева О.О. Принцип сотрудничества налоговых органов и налогоплательщиков // Журнал российского права. 2013. № 3. С. 63—71.
- Zvonova, E.A. (2009) *Financing of public procurement*. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
Звонова Е.А. Финансирование государственных закупок. М.: ИНФРА-М, 2009. 517 с.
- Zubkov, E.I. (2012) Public procurement as an integration source of the formation of social effects in the public sector of the economy. *Economic sciences*. 8(93), 147—151.
Зубков Э.И. Общественные закупки как интеграционный источник формирования социальных эффектов в бюджетном секторе экономики // Экономические науки. 2012. № 8 (93). С. 147—151.

About the author:

Vitaly V. Kikavets — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Financial Law, Russian State University of Justice, Russian State University of Justice; 69A Novocheremushkinskaya str., Moscow, 117418, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-code: 3665-6634; Web of Science Researcher ID: AAD-2180-2021; Scopus ID: 57210853509

e-mail: viking0071@mail.ru

Сведения об авторе:

Кикавец Виталий Викторович — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры финансового права, Российский государственный университет правосудия; Российская Федерация, 117418, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69А

ORCID ID: 0000-0002-7931-8497; SPIN-код: 3665-6634; Web of Science Researcher ID: AAD-2180-2021; Scopus ID: 57210853509

e-mail: viking0071@mail.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-421-438>

EDN: GBZUPC

Research Article / Научная статья

Публичный контроль и надзор в экономике: теоретико-правовое обоснование

С.А. Агагомедова  

Институт государства и права Российской академии наук,

г. Москва, Российская Федерация

 saniyat_aga@mail.ru

Аннотация. В условиях стремительных процессов цифровизации и интеграции экономики закономерно возникают вопросы обновления форм и методов публично-правового воздействия на экономические отношения в новых современных условиях. С учетом того, что контроль и надзор традиционно позиционируются в качестве базовых управленческих функций, становятся все более актуальными вопросы обоснования публичного контроля и надзора в различных сферах управленческого воздействия в целом и в экономической сфере в частности. При этом проведенный обзор литературы позволяет говорить об отсутствии единых позиций в вопросах структурно-функционального наполнения категории «публичный контроль и надзор в экономике». В связи с этим целью исследования стало теоретико-правовое обоснование понятия публичного контроля и надзора в экономике, его структурно-функционального содержания и места в общей системе публичного управления. В качестве материалов для исследования выступили научные работы российских и зарубежных ученых в области публичного контроля и надзора, отдельных их направлений (публичный финансовый контроль, публичный экологический контроль и др.). Различные мнения по вопросам структурно-функционального содержания публичного контроля и надзора в экономике, отдельных направлений оценки субъектного состава, целей и механизмов осуществления подобной деятельности стали основанием для классификации существующих научных подходов к обоснованию публичного контроля и надзора в экономике. Предложено выделение как минимум трех подходов к подобному обоснованию: от узкого (публичный контроль и надзор как контроль и надзор органов публичной власти) до двух вариантов широкого подхода (имеющих национальный и наднациональный уровни). Последний представляется актуальным с точки зрения объединения государств на экономической основе, формирования региональных рынков товаров и услуг в современном экономическом пространстве.

Ключевые слова: публичный контроль и надзор, государственный контроль и надзор, финансовый контроль, общественный контроль, публичная власть, органы публичной власти, экономические отношения, экономика совместного потребления

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 27 ноября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

© Агагомедова С.А., 2023



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

Для цитирования:

Агамагомедова С.А. Публичный контроль и надзор в экономике: теоретико-правовое обоснование // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 421—438. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-421-438>

Public control and supervision in the economy: theoretical and legal justification

Saniyat A. Agamagomedova  

Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, *Moscow, Russian Federation*

 saniyat_aga@mail.ru

Abstract. In the context of the rapid processes of economy digitalization and integration, the issues of updating the forms and methods of public law impact on economic relations in the new modern conditions naturally arise. Taking into account the fact that control and supervision are traditionally positioned as basic management functions, the issues of substantiating public control and supervision in various areas of managerial influence in general and in the economic sphere in particular are becoming increasingly relevant. At the same time, the literature review allows to speak about the lack of common positions on the issues of structural and functional content of the category “public control and supervision in the economy”. In this regard, the purpose of the study is determined as the need for a theoretical and legal substantiation of the concept of public control and supervision in the economy, its structural and functional content and place in the general system of public administration. The materials for the study are the scientific works of domestic and foreign scientists in the field of public control and supervision, their individual areas (public financial control, public environmental control, etc.). Various opinions on the structural and functional content of public control and supervision in the economy, its individual areas, assessment of the subject composition, goals and mechanisms for implementing such activities have formed the basis for classifying the existing scientific approaches to justification of public control and supervision in the economy. It is proposed to distinguish at least three approaches to such justification: from narrow (public control and supervision as control and supervision of public authorities) to two options for a broader approach (at the national and supranational levels). The latter seems relevant from the point of view of unification of states on economic basis and formation of regional markets for goods and services in the modern economic space.

Key words: public control and supervision, state control and supervision, financial control, public authority, public authorities, economic relations, sharing economy

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 27th November 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Agamagomedova, S.A. (2023) Public control and supervision in the economy: theoretical and legal justification. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 421—438. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-421-438>

Введение

Обновление Конституции РФ и действующего законодательства, перманентные процессы реформирования системы государственного управления, внешние вызовы и угрозы — все это предопределяет генерацию новых и актуализацию традиционных

понятий и категорий в области управленческой деятельности. Одной из таких относительно новых категорий выступает категория публичного контроля, призванная, на наш взгляд, транслировать определенные новации в понятийном обеспечении современной управленческой сферы на инструментальную составляющую данной сферы, на ее содержательный функционал. Контроль как универсальная и традиционно неоспоримая функция управления в контексте категорий публичной власти, публичных функций и иных понятийных новелл Конституции РФ требует теоретико-правового обоснования как с точки зрения включенности в механизмы публичной власти, так и с точки зрения своего структурно-функционального наполнения. При этом автор использует понятие управления в широком смысле, как целенаправленное воздействие на определенные процессы. В этой связи автору близка позиция Ю.А. Тихомирова о понятии управления государственными делами как одном из четырех выделенных им основных видов управления (Tikhomirov, 2021:5).

Анализ научной литературы и нормативных источников в области публичного контроля и надзора в целом, а также публичного контроля и надзора в экономической сфере позволяет констатировать отсутствие единых подходов к позиционированию публичного контроля и надзора, его структурных составляющих, критериев структурирования его содержания. Несмотря на признание нами самостоятельности контроля и надзора как форм управленческой деятельности, в данной работе категория публичного контроля и надзора будет рассматриваться как целостное, сложное понятие, включающее контрольную и надзорную составляющие.

В исследованиях зарубежных ученых подобный контроль понимается как государственный и противопоставляется контролю частному, гражданскому (Douglas, 2017:51—61; Dawes, 2017; Chaney, 1972). В ряде случаев в данную категорию включаются и элементы публичной деятельности общественных объединений (общественное признание действий власти и др.) (Tsyganov, 2021).

Содержание признака публичности контрольно-надзорной деятельности зависит и от сферы использования рассматриваемой категории. Позиция, заключающаяся в доминировании фактора территории при определении свойства публичности (Nauriou, 1929:325), обуславливает распространенность отождествления публичного контроля и надзора с контролем и надзором органов публичной власти. Это имеет место в характеристике публичного финансового контроля.

Что должно выступить базовым критерием отнесения контроля и надзора к публичному: пространственный аспект; субъектный и объектный состав отношений; форма контрольно-надзорного взаимодействия; его направленность; общие цели участников процесса или иные критерии? В условиях цифровизации экономики трансформируется роль государства в экономике, она выходит за пределы статуса государства-регулятора (Hofmann, Sæbø, Braccini & Za, 2019). Новые экономические механизмы позволяют выделить новые роли (статусы) государства: «государство-цифровая платформа», «партия-государство» и другие (Hu, 2022:109—124). В этих условиях критерий публичности, его соотношение с государственностью применительно к контролю и надзору в области экономики требует качественно нового осмысления, доктринального научного обоснования.

Выявленное противопоставление категорий публичного контроля, государственного контроля, общественного контроля, гражданского контроля в публикациях отечественных и зарубежных ученых позволяет говорить о наличии проблемы научного обоснования публичного контроля и надзора, его места в системе публичного управления.

В качестве методов исследования выступили методы правовой формализации, сравнительно-правовой метод, методы системного анализа и классификации.

Целью исследования является теоретико-правовое обоснование публичного контроля и надзора в экономической сфере, определение его структурно-функционального содержания и места в системе публичного управления. В качестве задач исследования выступают: анализ терминологических основ использования признака «публичности» в юридической науке; определение категории публичного контроля и надзора в целом и применительно к экономическим отношениям; отграничение его от иных видов контрольно-надзорной деятельности; выделение различных подходов к классификации составляющих публичного контроля и надзора в экономике, критериев подобной классификации; обоснование трансформации его в условиях цифровизации экономики; определение его места в современной системе публичного управления.

Публичность в праве: терминологический ряд и критерии определения

Сложность определения признаков публичности как таковой применительно к власти, властным функциям, властным органам усугубляется неоднозначностью перевода слова «public» на русский язык. Признание данного факта мы наблюдаем как в общенаучной, так и в специальной литературе.

В словарях предлагается, как правило, два основных понимания категории «публичный»: 1. Совершающийся в присутствии публики, предназначенный для всех желающих, открытый, гласный (публичный доклад); 2. Открытый для широкого посещения, обозрения и т. п. (публичная библиотека, публичная выставка)¹; или 1. Открытый, неограниченный доступный; 2. Имеющий отношение к людям².

Англо-русский экономический словарь дает сразу несколько вариантов перевода слова «public»: публичный; общественный; государственный³.

Ю.А. Тихомиров в первом отечественном учебнике по публичному праву в 1995 г. отмечает, что еще предстоит по-новому осмыслить понятие публичности в обществе, не сводя его к обеспечению государственных интересов. Это — общие интересы людей как разного рода сообществ, объединений (политических, профессиональных, территориальных и др.), это — объективированные условия нормального существования и деятельности людей, их организаций, предприятий, общества в целом. Это — коллективная самоорганизация и саморегулирование, самоуправление (Тихомиров, 1995:25).

Термин «publicity» трактуется как: 1. Публичность, гласность; 2. Реклама; 3. Деловые связи, «паблисити»⁴. С учетом этого понимание такой категории, как публичный контроль и надзор, также отличается неоднозначностью. Современные Электронные словари разграничивают содержание категории публичного контроля

¹ Малый академический словарь. Электронный ресурс. Режим доступа: <https://rus-academic-dict.slovaronline.com/56669-публичный> (дата обращения: 20.11.2022).

² Оксфордский толковый словарь по психологии. Электронный ресурс. Режим доступа: <https://809.slovaronline.com/5965-публичный> (дата обращения: 20.11.2022).

³ Англо-русский экономический словарь: Ок. 70 000 терминов / под ред. А.В. Аникина. М.: Рус. яз., 1981. С. 531

⁴ Англо-русский экономический словарь: Ок. 70 000 терминов / под ред. А.В. Аникина. М.: Рус. яз., 1981. С. 583.

(public control) с точки зрения сферы применения: с точки зрения общей лексики — это общественный контроль; с экономических позиций — государственный контроль; в бухгалтерской сфере — государственное регулирование, государственный контроль; в политических отношениях — контроль со стороны общества⁵. Что же определяет публичность применительно к контролю и надзору как управленческим функциям с точки зрения правовой науки?

Французский административист и институционалист М. Ориу отмечал «господствующее действие территории в генезисе того, что является публичным» (Nauriou, 1929: 325). Это вполне логично с точки зрения того, что обособленная, суверенная территория выступает базовым условием государственности, что обуславливает распространенность и закономерность понимания публичного в праве, прежде всего, как государственного, использования его для «символического обозначения комплекса правовых норм, их укрупненной группировки, которая относится к части права, непосредственно связанной с организацией государства, его открытой и гласной общественной деятельности» (Крупеня, 2011:140—141).

Применительно к экономическим отношениям ученые также говорят о развитии публичных, то есть государственных, систем регулирования экономическими процессами (Абрамов, 2020). При этом в условиях экономической интеграции современных государств есть смысл включать в подобные публичные системы и уровень наднационального (или интеграционного) правового регулирования. Единые экономические правила на определенной территории требуют правового обеспечения в форме гармонизированного или унифицированного регулирования отношений в рамках общего рынка товаров, услуг, капитала, рабочей силы. Территория порождает понятие публичности; способствует тому, что государственный режим стал публичным режимом. Она содействует созданию понятия общего дела, общего блага и т.д. (Nauriou, 1929:324). В рамках межгосударственной экономической интеграции генерируются подобные ценности «общего дела», «общего блага» — общих с точки зрения совпадающих для интегрированных национальных экономик целей и задач развития, прежде всего экономического. Не случайно это порождает сегодня определенные дискуссии о транснациональном и международном управлении (transnational and international governance), их соотношении (Ну, 2022:109—124).

Интересно рассмотреть специфику использования термина «публичный» применительно к закупкам. Под публичными закупками ученые понимают проведение конкурентных и определенных законодательством неконкурентных процедур закупок государственными и муниципальными заказчиками в интересах общества и государства (Pakhomova, 2019:184). Субъектами в данном процессе выступают органы публичной власти, а целями — удовлетворение общественных и государственных интересов. Что же должно быть поставлено во главу угла при определении публичности определенного процесса (к примеру, управленческого) или его отдельной функции (к примеру, контроля и надзора): субъект процесса, объект процесса, его цели или характер процесса, деятельности? Последнее довольно часто выступает критерием отнесения к публичному, в том числе и применительно к публичным закупкам. В отдельных случаях к ним относят закупки, проводимые публично, т. е. среди неопределенного круга потенциальных поставщиков, как правило, на специальных электронных площадках (сайтах) в сети Интернет (Pakhomova, 2019:186).

⁵ Словари и энциклопедии на Академике. Режим доступа: <https://translate.academic.ru/public%20control/en/ru/> (дата обращения: 22.10.2022).

Более аргументированные критерии отнесения к публичному применительно к юридическому лицу публичного права приводит О.А. Ястребов. Он выделяет признаки юридического лица публичного права, которые включают в себя среди других: персонификацию организации нормами публичного права, наличие у нее собственных идентифицирующих признаков и подчинение в организационном и функциональном плане режиму публичного права; особое целевое назначение: реализация не просто общих, а общественных, публичных интересов; особый порядок создания, определяемый нормами публичного права; интегрированность в систему публичного управления. При этом последний признак ученый позиционирует в качестве главного основания разграничения юридических лиц на юридических лиц публичного права и юридических лиц частного права (Yastrebov, 2010:12). Близкую позицию занимает А.Б. Зеленцов, характеризуя субъективное публичное право, он отождествляет его с правом частного лица в плоскости его взаимоотношений с государственными органами и должностными лицами, действующими как носители публичной власти (Zelentsov, 2012).

Таким образом, отнесение к публичному может быть обусловлено несколькими критериями: 1) субъектным и объектным составом осуществляемых процессов; 2) формой, характером взаимодействия в рамках процесса (открытый, гласный); 3) направленностью процессов (внешний); 4) общими целями взаимодействия, единичными целями участников процессов; 5) соотносительностью или, пользуясь терминологией О.А. Ястребова, интегрированностью, встроенностью в систему публичного управления. Полагаем, что последние два критерия выступают в качестве системообразующих, ключевых и обуславливают иные, второстепенные факторы.

С учетом выделенных критериев публичность не всегда предполагает власть, поэтому публичное взаимодействие может быть как властным (неравным), так и невластным (равным). Это подтверждают ученые, когда используют категории «сферы публично-властных отношений» «публично-властных органов» (Avakyan, 2022), «муниципального публично-властного контроля (Peshin, 2019:312—313).

Присущий советскому периоду развития отечественного государственного строительства партийный контроль выступал примером внешнего контроля за определенной деятельностью. Аналоги подобного контроля за экономической деятельностью предприятий имеют место и сейчас в отдельных государствах. Так, применительно к контролю со стороны государства в Китае ученые говорят о контроле партии-государства (the party-state) (Hu, 2022:109—124).

Применительно к определенным сферам общественных отношений ученые используют понятие публичного контроля в качестве внешнего, включающего при этом как управленческую, так и неуправленческую (невластную) составляющую. Так, осуществление трудовой деятельности сопровождается публичным контролем — технология труда, расценки и оплата, соблюдение графиков, перерывов и т.д. не являются (не должны быть) сферой усмотрения работодателя (да и работника тоже — С.А.), непременным участником процессов являются органы рабочего представительства, чаще всего это профессиональные союзы (Avakyan, 2022). Приведенный пример позволяет признать в определенных случаях наличие элементов самоконтроля в структуре публичного контроля в определенных областях регулирования. В структуре большинства федеральных органов исполнительной власти сегодня функционируют общественные советы, включающие в свои составы в том числе и

представителей подконтрольных федеральным органам исполнительной власти лиц (представители бизнеса, их объединений и др.).

В исследованиях имеет место выделение не только публичного контроля в определенной сфере, но и использование конструкции «контроля за...», где в качестве объекта контроля выступает определенная, обособленная деятельность конкретных органов и лиц. Так, функции Конституционного Суда РФ по публичному контролю за конституционностью правоприменения, т. е. за выполнением судами общей юрисдикции и арбитражными судами решений Конституционного Суда РФ, позиционируются в качестве значимых шагов на пути централизации российской правовой системы, унификации и единообразия правоприменения с целью действительного обеспечения верховенства Конституции РФ (Tarasova & Vlasenko, 2012:76).

Публичный контроль зачастую противопоставляется контролю частному, гражданскому. Так, зарубежные исследователи изучают, к примеру, общественный контроль Вооруженных сил в Российской Федерации, дифференцируя его с гражданским (of civilian and moreover public control of armed forces), причем последний рассматривается в качестве необходимого условия демократии (Douglas, 2017:51—61).

В зарубежной литературе термин *public* в большинстве случаев используется в качестве обозначения государственного контроля. К примеру, характеризуя контроль над СМИ в Великобритании, специалисты говорят о балансе между необходимостью «публичного» (т. е. государственного) контроля («public» (i.e. state) control) над вещанием и необходимостью элемента частного предпринимательства с учетом условия свободной прессы (Dawes, 2017). В отдельных случаях авторы говорят о нахождении СМИ под двусмысленной системой косвенного публичного контроля (an ambiguous system of indirect public control) (Chaney, 1972).

Ученые констатируют, что в условиях демократии общество контролирует политиков посредством выборов, рейтингов политиков, протестов и других механизмов. В условиях неопределенности, в частности связанной с распространением новой коронавирусной инфекции, политическая стабильность поддерживается общественным признанием действий политиков, в том числе и по обеспечению поставок жизненно важных товаров, например, вакцины против COVID-19 (Tsyganov, 2021). Применительно к публичному финансовому контролю ученые говорят о тенденции централизации финансового регулирования и финансового контроля во многих странах в ответ на экономический кризис 2008 г. (Ladner, A. et al., 2019).

Таким образом, признак публичности (публичность) процессов (действий, деятельности, институтов) отражается в нескольких вариантах понимания, среди которых выделим: 1. Открытость, гласность; 2. Внешность (нахождение субъекта воздействия за пределами определенной системы, выступающей объектом воздействия); 3. Антоним частности; 4. Затрагивание интересов множества (многих лиц); 5. Участие множества (неопределенного числа лиц) в процессе; 6. Коммуникативный социальный институт; 7. Принцип социального взаимодействия; 8. Социальная (общественная) ценность.

При использовании категории «публичный» применительно к определенной сфере общественных отношений (в сфере экономических, культурных, трудовых, сельскохозяйственных и иных) в большинстве случаев в нее закладывается смысл внешнего фактора по отношению к выделенной, на основании определенных крите-

риев обособленной сфере. В этом смысле публичный контроль и надзор в определенной сфере включает в себя контрольно-надзорное воздействие на эту сферу акторов (сил, институтов), не входящих в нее саму.

Публичный контроль и надзор в экономических отношениях

С учетом изложенного выше публичный контроль и надзор в экономике может быть определен с точки зрения его места и пределов в системе публичного управления в следующих вариантах позиционирования:

- 1) как контроль органов публичной власти экономической сферы (узкий подход);
- 2) как открытый, транспарентный контроль за деятельностью экономических субъектов, контроль, информация о процедурах, результатах и иных показателях которого доступна заинтересованным лицам;
- 3) как любой внешний контроль за экономической деятельностью хозяйствующих субъектов (государственный, муниципальный, аудиторский, общественный и др.), по сути любой контроль за исключением внутриорганизационного контроля и самоконтроля;
- 4) как контроль, направленный на достижение общих целей экономического взаимодействия (этими целями может быть экономический рост, устойчивое развитие, интеграция экономики нескольких государств и др.) и (или) обеспечение общих интересов участников подобного взаимодействия;
- 5) как контроль, логично встроенный в систему публичного управления, имеющий определенное место в иерархии публично-правового механизма, выполняющий в нем соответствующую роль.

С точки зрения узкого подхода публичный контроль в экономике обусловлен субъектным составом его процедур. Если мы ограничиваем субъекта органом публичной власти с позиций ее нормативного закрепления (органы государственного управления, иные государственные органы, органы местного самоуправления), то это лишь одна разновидность субъектной структуры подобного контроля. Если мы используем понятие публичной власти во всех ее проявлениях (государственная власть, общественная власть, местное самоуправление — муниципальная власть) (Avakyan, 2022), то это уже более расширенная позиция (расширенная в пределах национальной юрисдикции). Третьим вариантом может служить объединение национальных и наднациональных органов власти в интеграционных экономических образованиях (к примеру, Евразийский экономический союз, ЕАЭС). Это позиция, расширенная с учетом наднациональной юрисдикции или макроэкономического фактора.

Ю.А. Тихомиров говорит о модификации контрольной деятельности в сфере экономики. К ее проявлениям ученый относит:

- контроль за соблюдением бюджетного и налогового законодательства;
- контроль за соблюдением обязательных требований государственных стандартов;
- контроль соблюдения технологических правил;
- контрольно-регулирующие функции таможенных органов;
- валютный и экспортный контроль;

— аудит (контрольная функция по проверке правильности составления финансовых документов);

— санитарно-эпидемиологический контроль и др. По его мнению, функции государственного контроля в экономической сфере имеют высокую общественную значимость и ими нельзя пренебрегать (Tikhomirov, 1995:113—114).

Интерес к публичному контролю и иным формам участия и (или) соучастия (прежде всего экономического) обусловлен также развитием концепции экономики совместного потребления или экономики совместного использования (*the sharing economy* (*sharing* — разделение, распределение)). Ее также называют экономикой участия. Одним из ее постулатов является ориентация экономических субъектов на сотрудничество, а не на конкуренцию.

В самом узком смысле участие государства в экономике заключается в том, чтобы помочь исправить сбои рынка или ситуации, в которых частные рынки не могут максимизировать ценность, которую они могли бы создать для общества. Это включает в себя предоставление общественных благ, интернализацию внешних эффектов (последствия экономической деятельности для несвязанных третьих сторон) и обеспечение конкуренций⁶.

Экономика совместного использования включает в себя множество различных форм коммерческого и некоммерческого свойства. В последнее время некоммерческие платформы и инициативы совместного использования часто рассматриваются более благосклонно, чем коммерческие предприятия, не в последнюю очередь потому, что они состоят из единомышленников, участвующих в совместном и совместном потреблении, связанных с рядом социальных и экологических проблем (Cheetham & John, 2021).

Представители рассматриваемого направления Паис и Проваси в 2015 г. обрисовывают всеобъемлющую структуру, предназначенную не просто для классификации экономики совместного потребления как таковой, но, скорее, для «анализа ложных форм, анализа движущих сил перехода от одного типа к другому и, таким образом, выявления основных тенденций в социальных отношениях, вызванных экономикой совместного потребления» (Pais & Provasi, 2015).

По мнению других авторов, экономика совместного использования представляет собой новую форму экономического обмена, которая способствует потреблению товаров и услуг на основе принципов совместного использования ресурсов, временного владения и доступа к цифровым платформам (Hofmann, Sæbø, Braccini & Za, 2019). Последние выступают качественно новой формой взаимодействия государства, публичной власти с гражданами и организациями, по сути, генерируют новое понимание участия власти в экономических отношениях.

Современные ученые определяют различные уровни социальной включенности в экономику (схема характеризует пять форм социальной интеграции: «обмен», «сотрудничество», «взаимность», «общий пул» и «перераспределение») (Pais & Provasi, 2015) и признают тот факт, что экономика совместного использования может стать важным фактором будущих преобразований для государственного сектора, если государственный сектор расширит свою роль за пределы строго регулирующего органа (Hofmann, Sæbø, Braccini & Za, 2019). Таким образом, концепция экономики совместного использования «раздвигает» пределы государственного участия

⁶ Moffatt, M. *The Government's Role in the Economy*. ThoughtCo. 30th July 2021. Available at: [thoughtco.com/the-governments-role-in-the-economy-1147544](https://www.thoughtco.com/the-governments-role-in-the-economy-1147544). [Accessed 24th July 2022].

в экономике, дополняя привычную, традиционную или устоявшуюся роль регулятора новыми ролями и статусами, среди которых, к примеру, статус «государственно-цифровая платформа».

Цифровизация публичного контроля и изменение роли государства

Считается, что научный и практический интерес ученых к альтернативным формам экономической деятельности возрос после экономического кризиса 2008 г. Ученые начали переосмысливать рыночный капитализм, обращаясь к альтернативным формам экономической организации, одной из которых стала экономика совместного потребления, в которой упор делался не на частную собственность, а на доступ к продуктам и услугам, а приоритетным признается кооперативное, а не конкурентное поведение на рынке. Цифровизация выводит данный доступ и (или) обмен на более высокий уровень. Интернет становится связующей платформой, где потенциальные партнеры по обмену выражают спрос на определенный товар или размещают предложение использовать их ресурс. По сути речь идет о сочетании или триединстве цифровых технологий, законов рынка и «мудрости толпы» (Shmidt, 2019:148—171).

При этом ученые активно исследуют роль государственного сектора в развитии экономики совместного использования, которая позиционируется в качестве преобразующего фактора для государственного сектора в условиях нынешней цифровой трансформации. До недавнего времени государственный сектор выступал в основном в качестве регулирующего органа в экономике совместного использования, а исследования роли государства в экономических отношениях ограничивались его ролью как субъекта, ответственного за нормативно-правовую регуляцию. Сейчас у государства в такой экономике выделяются качественно новые роли, среди которых роли клиента, поставщика услуг и поставщика платформы. В связи с этим ученые отстаивают позиции, согласно которым государство в целом, его регулирующие и контролирующие органы могут быть активными участниками экономики, поощряя совместную экономическую деятельность, которая позволяет более эффективно предоставлять государственные услуги, активно предлагать и арендовать товары, такие как оборудование, через платформы совместного использования. При этом они признают, что экономика совместного использования может создавать как новые возможности, так и напряженность для государственного сектора (широко известный случай с транспортной компанией Uber, создавшей напряженность в областях, где необходимость регулирования такси привела к созданию государственных монополий) (Hofmann, Sæbø, Braccini & Za, 2019).

Изменение роли публичной власти в регуляции экономики предполагают и иные направления развития экономической мысли. Среди них: экономика солидарности (*solidarity economy*), экономика замкнутого цикла (*circular economies*) и др.

Экономика солидарности рассматривается в качестве альтернативной стратегии развития, движения, которое предоставляет экономические возможности работникам коллективного производства и расширяет их возможности, благодаря участию, средства борьбы с бедностью (Dubois, 2021).

Ученые справедливо отмечают, что для эффективного внедрения экономики солидарности решающее значение имеют устойчивая государственная власть, активное вовлечение заинтересованных сторон и восприимчивость к сетевому

управлению (Cramer, 2022). Цифровизация государственного управления в целом, а также контроля и надзора в частности придает управлению, его функциям сетевой характер (Agamagomedova, 2021).

Таким образом, современное развитие экономических отношений обуславливает трансформацию роли и места государства в управлении экономическими процессами. Меняется и содержание управленческих функций публичной власти, их арсенал и соотношение друг с другом в общем механизме регулирующего воздействия на экономическую сферу. Цифровизация публичного управления в целом, а также отдельных его функций трансформирует место и роль государства в экономическом и ином взаимодействии. Традиционный статус государства как регулятора уступает место иным статусам государства, генерирует относительно новые форматы его присутствия в экономических, социальных и иных отношениях, отражает появление сетевых свойств в управлении.

Структура публичного контроля и надзора в экономике

Структура публичного контроля и надзора в экономике может быть выделена по разным критериям: субъекту, объекту контроля и надзора, сфере осуществления, формам и др.

Структурирование публичного контроля и надзора в зависимости от субъекта осуществления контрольно-надзорной деятельности наиболее традиционно и достаточно распространено. Наглядным примером здесь могут служить научные позиции в области финансового контроля. Самое простое и утрированное понимание публичного контроля часто отражается в структурировании публичного финансового контроля, представляющего собой сумму государственного и муниципального финансового контроля (Shichanin, 2021:155). При этом ученые констатируют тот факт, что объединение государственного и муниципального контроля под одним понятием публичного контроля также может иметь спорный характер (Ryabova, 2019:104), а также отмечают сложность «встраивания муниципального контроля в общую систему публичного контроля» (Peshin, 2019:314).

В финансово-правовых исследованиях учеными четко разграничиваются публичный и общественный финансовый контроль, причем последний отождествляется с негосударственным.

Е.В. Терехова понимает под общественным (негосударственным) финансовым контролем совокупность мероприятий, проводимых общественными объединениями и гражданами (Terekhova, 2007:4). Другие ученые также акцентируют внимание на субъектном составе подобного контроля и предлагают «воссоздать» синергию правового регулирования государственного и общественного финансового контроля, определив формы контроля, а также методы проведения общественных контрольных мероприятий, порядок взаимодействия органов общественного контроля, в том числе с правоохранительными органами, в целях эффективного и результативного использования финансовых и иных ресурсов государства (Kikavets, 2022). Ряд авторов при характеристике общественного финансового контроля обращают внимание на наличие обязательной цели подобной деятельности — подтверждение правового, рационального и целевого использования общественных ресурсов (Kotov, 2013:7).

Согласно части 1 статьи 4 Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» под общественным контролем понимается

деятельность субъектов общественного контроля, осуществляемая в целях наблюдения за деятельностью органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, а также в целях общественной проверки, анализа и общественной оценки издаваемых ими актов и принимаемых решений⁷.

Применительно к общественному финансовому контролю ученые относят к субъектам подобного контроля институты гражданского общества и отдельных граждан (Larina & Larin, 2012).

Более исследованными в юридической науке выступают вопросы публичного финансового контроля, что представляется закономерным с точки зрения хронологического приоритета (признанного первенства) государственного финансового контроля в эволюции государственной контрольно-надзорной деятельности. Различные аспекты публичного финансового контроля рассматривались Е.Ю. Грачевой (Gracheva, 2016), Е.В. Рябовой (Ryabova, 2019), другими авторами. В условиях цифровизации экономики ученые говорят о публичном цифровом финансовом контроле (Antroptseva, 2022). И.А. Цинделиани делает вывод о формировании в системе финансового права подотрасли финансово-контрольного права, которую можно определить как совокупность финансово-правовых норм, регулирующих контрольные отношения, складывающиеся в процессе публичной финансовой деятельности. Финансово-контрольное право рассматривается в качестве подотрасли особенной части финансового права (Tsindeliani, 2014:99).

Финансовый контроль в зарубежном законодательстве в определенных случаях рассматривается в качестве разновидности административного контроля (Pilipenko, 2019:122). Что касается публичного финансового контроля, то, по мнению ученых, он осуществляется в установленном правовыми нормами порядке всей системой органов государственной власти и органов местного самоуправления, в том числе специальными контрольными органами, при участии общественных организаций, трудовых коллективов и граждан. Система публичного финансового контроля, исходя из особенностей правового статуса осуществляющих его субъектов, включает в себя государственный, муниципальный, общественный и аудиторский финансовый контроль (Belikov, 2021:6). Применительно к системе муниципальной власти Н.Л. Пешин признает, что муниципальный публично-властный контроль как особый публично-правовой феномен сочетает в себе элементы публично-правового и частноправового регулирования (Peshin, 2019:311).

Применительно к финансовому и иным видам публичного контроля имеет место и иная позиция по структурному содержанию контрольной деятельности органов власти. Так, в структуру публичного экологического контроля (надзора) ученые включают государственный экологический контроль (надзор) и муниципальный экологический контроль (Kichigin, 2012:47). Е.В. Рябова в работе, посвященной публичному финансовому контролю, понимает под последним контроль со стороны уполномоченных органов государственной власти (государственных органов) либо юридических лиц публичного права (например, Банка России), т.е. государственный контроль, а также контроль со стороны уполномоченных органов местного самоуправления (муниципальных органов) — муниципальный контроль (Ryabova, 2019:104).

⁷ Федеральный закон от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // Российская газета. 2014. № 163.

Выделение местного и федерального уровней применительно к публичному финансовому контролю является наиболее устоявшейся, традиционной характеристикой управления в сфере финансов, управления фискального свойства (King, 1984).

Таким образом, мы констатируем отсутствие единодушия в позиции по включению общественного контроля в публичные виды контроля, выделяемые в современных условиях.

Отдельно следует сказать о роли саморегулирования в контрольной деятельности государства. Признание ее имеет место. Так, ученые констатируют, что в последнее десятилетие в регулировании деятельности финансовых учреждений Великобритании произошло много изменений, направленных как на усиление конкуренции, так и на улучшение подотчетности перед клиентами и поставщиками капитала, причем последнее было реализовано посредством «саморегулирования» («self-regulation») (Gwilliam, Hoskin & Macve, 1992).

Полагаем, что можно говорить о двух подходах к пониманию публичности применительно к контрольно-надзорной деятельности. В первом случае (узкий подход) публичный контроль отождествляется с контролем органов системы публичной власти, включающей в себя органы трех ветвей власти, иные государственные органы, а также органы муниципального управления. В данном случае контрольная деятельность обеспечивается средствами административного принуждения, хотя принудительный характер контрольно-надзорной деятельности также не является бесспорным. Нами в предыдущих публикациях высказывалась позиция, заключающаяся в признании особого, административно-процедурного характера подобного принуждения (Agamagomedova, 2020).

В рамках подобного узкого подхода логичным представляется позиционирование общественного контроля в качестве механизма влияния на публичную власть (Alebastrova, 2018), основанное на отграничении общественного от публичного, неотнесении общественного в структуру публичного.

Второй подход (широкий) позволяет отнести к структуре публичного контроля любой внешний по отношению к деятельности объекта контроль, включая контроль общественности. Данный подход может быть еще более раздвинут за счет включения в публичный контроль не только национального уровня контроля, но и наднационального (или интеграционного), что в рамках современной регуляции экономических отношений имеет важное значение.

В определенных случаях для обособления определенного направления контроля и надзора выступает их объект. Так, в контроль за публичными ресурсами ученые включают государственный финансовый контроль (бюджетный контроль), налоговый, таможенный, валютный, парламентский контроль, контроль в сфере закупок и государственный стратегический контроль, и обозначают проблему «их интеграции в рамках какой-то обобщенной деятельности» (Комуагин, 2015).

Представляет интерес позиция Е.В. Рябовой о месте аудита в структуре публичного финансового контроля. Собственник, обязанный законом, инициирует аудиторскую проверку не в собственных целях, а в публичных. В этом смысле независимый контроль со стороны аудитора приобретает публичное значение. При этом автором признается условность отнесения собственника к субъекту финансового контроля, так как он в данном случае не является заинтересованным лицом (Ryabova, 2019:120). Зарубежные авторы при характеристике подобного контроля используют категории «делегированных», «косвенных» проверок или «контроля второго уровня» (“delegated” and “indirect” inspections or “second-level control”) (Blanc,

2012:61) и подчеркивают значение отчетности и аудита при финансовом контроле в отдельных секторах экономики (Gwilliam, Hoskin & Macve, 1992).

Существуют и иные вариации по поводу структуры публичного контроля в экономической сфере. Так, применительно к контролю за операциями с денежными средствами, связанными с легализацией доходов, полученных преступным путем, ученые говорят о публичном контроле, который осуществляется в рамках обязательного контроля, проводимого уполномоченным государственным органом (Росфинмониторингом), и внутреннего контроля, осуществляемого непосредственно самим предприятием, в том числе путем применения системы комплаенса (Abramov, 2020).

Структурировать публичный контроль и надзор в экономике можно не только по субъектам и формам его осуществления, но и на основе разграничения контрольной и надзорной составляющих такой деятельности. Не вдаваясь в существо полемики о разграничении контрольной и надзорной деятельности в системе публичного управления (не это является целью настоящего исследования), отметим, что следует дифференцировать данные управленческие функции. Их соотношение, оптимальное сочетание выступает условием эффективности публично-правового воздействия в определенной сфере общественных отношений.

Заключение

Проведенный анализ позволяет констатировать отсутствие в современной юридической науке однозначной позиции по вопросу критериев отнесения контрольно-надзорной деятельности к публичной. Полагаем, что доминирующими критериями в данном случае призваны выступить не субъекты осуществления контроля и надзора (как это принято считать), а встроенность механизмов контроля и надзора в целостную систему публичного управления, логичную интегрированность их в нее.

В связи с этим закономерно возникает вопрос о возможности включения в систему субъектов публичной контрольно-надзорной деятельности участников, не относящихся к органам публичной власти. Речь идет, к примеру, о самоконтроле или об аудите в финансовом контроле, отражающем, на наш взгляд, определенный уровень сорегулирования в определенной сфере (по сути — совместный контроль).

При этом критерий интегрированности контроля и надзора в систему публичного управления несет в себе наиболее полное содержание категории публичности, включающее в себя и свойство внешнего воздействия, и свойство открытости, гласности (доступности информации об управленческих функциях), и, на наш взгляд, даже широту субъектного состава (прямое и (или) косвенное участие общественности в реализации управленческих функций).

Проведенный анализ позволил выделить несколько подходов к позиционированию публичного контроля в экономике. С точки зрения узкого подхода публичный контроль в экономике обусловлен субъектным составом его процедур. Если мы ограничиваем субъекта органом публичной власти с позиций ее нормативного закрепления (органы государственного управления, иные государственные органы, органы местного самоуправления), то это лишь одна разновидность субъектной структуры подобного контроля. Если мы используем понятие публичной власти во всех ее проявлениях (государственная власть, общественная власть, местное самоуправление — муниципальная власть), то это уже более расширенная позиция (расширенная в пределах национальной юрисдикции). Третьим вариантом может служить объединение национальных и наднациональных органов власти в интеграционных экономических

образованиях (к примеру, Евразийский экономический союз, ЕАЭС). Это позиция, расширенная с учетом наднациональной юрисдикции или макроэкономического фактора. Наиболее близкой для автора данной статьи представляется последняя научная позиция с учетом того, что на протяжении последнего десятилетия наднациональный уровень регуляции экономических отношений (и внешнеэкономических как их составляющей) в условиях евразийской экономической интеграции активно расширяется, отражаясь в том числе и в наделении властными и, соответственно, контрольными полномочиями наднациональных органов интеграционного уровня.

Следует обратить внимание на то, что косвенно общественный аспект или фактор участия самих подконтрольных лиц и организаций в публичном контроле и надзоре присутствует всегда с учетом того, что, к примеру, при каждом федеральном органе исполнительной власти, как правило, действует общественный совет.

Соотношение государственного и муниципального уровней при контроле и надзоре различных сфер экономических отношений различается: в рамках определенных видов контроля имеет место только федеральный уровень (антимонопольный, таможенный и др.), в рамках иных — два уровня (земельный надзор и др.). Наиболее исследованным в публично-правовой области является публичный финансовый контроль, закономерно выступающий частью публичного контроля и надзора в экономике. Это представляется закономерным с точки зрения того, что в науке традиционно дифференцируются частные и публичные финансы как предмет управленческого воздействия.

Цифровизация и межгосударственная интеграция в современной экономике обусловили определенную трансформацию роли и места государства в регуляции экономических отношений, изменение форм взаимодействия государства с гражданами и организациями в экономической сфере. В этих условиях критерий публичности контроля и надзора, его соотношение с иными формами публичного управления в области экономики требует актуализации научного обоснования с точки зрения как субъектного состава, так и форм, механизмов контрольно-надзорной деятельности, их оптимальной встроенности в целостную систему взаимодействия граждан и организаций с публичной властью.

References / Список литературы

- Abramov, V.Yu. (2020) *Guidance on the application of compliance control in various areas of economic activity: a practical guide*. Moscow, Yustitsinform Publ. (in Russian).
 Абрамов В.Ю. Руководство по применению комплаенс-контроля в различных сферах хозяйственной деятельности: практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2020. 172 с.
- Agamagomedova, S.A. (2020) State control and supervision in the context of digitalization of the economy. *Bulletin of the Nizhny Novgorod University. N.I. Lobachevsky*. (3), 79—85. (in Russian).
 Агамагомедова С.А. Государственный контроль и надзор в условиях цифровизации экономики // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2020. № 3. С. 79—85.
- Agamagomedova, S.A. (2021) State control and supervision in the system of measures of administrative coercion. *Bulletin of the Nizhny Novgorod University. N.I. Lobachevsky*. (4), 98—103. (in Russian).
 Агамагомедова С.А. Государственный контроль и надзор в системе мер административного принуждения // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2021. № 4. С. 98—103.

- Aleastrova, I.A. (2018) Public control over public authority in Russia: growing pains or developmental delay? *Russian legal journal*. (2), 10—18. (in Russian).
Алебастрова И.А. Общественный контроль за публичной властью в России: болезни роста или задержка развития? // Российский юридический журнал. 2018. № 2. С. 10—18.
- Antropitseva, I.O. (2022) Digital profile as an object of public digital financial control. *Financial law*. (5), 2—4. (in Russian).
Антропцева И.О. Цифровой профиль как объект публичного цифрового финансового контроля // Финансовое право. 2022. № 5. С. 2—4. <https://doi.org/10.18572/1813-1220-2022-5-2-4>
- Avakyan, S.A. (2022) Representation in constitutional law: issues of theory and practice: monograph. М.: Yustitsinform. (in Russian).
Авакьян С.А. Представительство в конституционном праве: вопросы теории и практики: монография. М.: Юстицинформ, 2022. 484 с.
- Belikov, E.G. (ed.). (2021) Public financial control. Saratov, Saratov State Law Academy. (in Russian).
Беликов Е.Г. Публичный финансовый контроль / под ред. Е.Г. Беликова. Саратов: Изд-во Сарат. гос. юрид. акад., 2021. 192 с.
- Blanc, F. (2012) *Inspection reforms: why, how, and with what results*. Paris, OECD.
- Chaney, D. (1972) Public Control in the Development of two Media. In: *Processes of Mass Communication. New Perspectives in Sociology*. Palgrave, London. Pp. 65—81. https://doi.org/10.1007/978-1-349-00684-7_6
- Cheetham, F. & John, B.L. (2021) People, power and politics: Developing a public sector sharing economy. *Geoforum*. (126), 244-252. <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2021.08.003>
- Cramer, J. (2022) Effective governance of circular economies: An international comparison. *Journal of Cleaner Production*. (343), 130874. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.130874>
- Dawes, S. (2017) Problematizing Public Control, Service, Interest and Value. In: *British Broadcasting and the Public-Private Dichotomy*. Palgrave Macmillan, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-50097-3_6
- Douglas, N. (2017) *Public Control of Armed Forces in the Russian Federation*. Palgrave Macmillan Cham. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-56384-8>
- Dubois, L. (2021) The impact of solidarity economy on poverty: The case of public centres of solidarity economy in Bahia, Brazil. *World Development Perspectives*. Volume 23. 100343. <https://doi.org/10.1016/j.wdp>
- Gracheva, E.Yu. (2016) Public financial control — the imperative of the time. In: *Financial law: problems of theory and practice: a collection of scientific articles*. Moscow, Prospect Publ., 68—75. (in Russian).
Грачева Е.Ю. Публичный финансовый контроль — веление времени // Финансовое право: проблемы теории и практики: сборник научных статей. М.: Проспект, 2016. С. 68—75.
- Gwilliam, D., Hoskin, K. & Macve, R. (1992) Financial control in the financial services industry: The case of Lloyd's of London. In: Ezzamel, M. & Heathfield, D. (eds.). *Perspectives on Financial Control*. Springer, Boston, MA. Pp. 203—231. https://doi.org/10.1007/978-1-4899-3053-8_9
- Hauriou, M. (1929) *Fundamentals of public law*. Translation from French by Chelyapov, N. Moscow, Publishing house of the Communist Academy. (in Russian).
Ориу М. Основы публичного права / пер. под ред.: Челябинов Н. М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. 759 с.
- Hofmann, S., Sæbø, Ø., Braccini, A.M. & Za, S. (2019) The public sector's roles in the sharing economy and the implications for public values. *Government Information Quarterly*. 36, (4), 101399. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2019.101399>
- Hu, S. (2022) Ways of “Control”: Changes and Implications from China's Reform of State-Owned Enterprises. In: Chaisse, J., Górski, J. & Sejkó, D. (eds.). *Regulation of State-Controlled*

- Enterprises. *International Law and the Global South*. Pp. 109—124. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-19-1368-6_4
- Kichigin, N.V. (2012) *Legal problems of public environmental control (supervision): monograph*. Moscow, Triumph Publ. (in Russian).
Кичигин Н.В. Правовые проблемы публичного экологического контроля (надзора): монография. М.: Изд-во Триумф, 2012. 327 с.
- Kikavets, V.V. (2022) Public financial control of public procurement. *Financial law*. (1), 3—11. (in Russian).
Кикавец В.В. Общественный финансовый контроль публичных закупок // Финансовое право. 2022. № 1. С. 3—11.
- King, D.S. (1984) *Fiscal tiers: the economics of multi-level government*. London, Allen & Unwin.
- Komyagin, D.L. (2015) Control over public resources and its consequences. *Financial messenger*. (12), 10—12. (in Russian).
Комягин Д.Л. Контроль за публичными ресурсами и его последствия // Финансовый вестник. 2015. № 12. С. 10—12.
- Kotov, V.V. (2013) On the legal mechanisms of public financial control. *Financial law*. (3), 7—11. (in Russian).
Котов В.В. О правовых механизмах общественного финансового контроля // Финансовое право. 2013. № 3. С. 7—11.
- Krupenya, E.M. (2011) *Status public law (basics of the theory)*. Moscow, APKiPPRO Publ. (in Russian).
Крупеня Е.М. Статусное публичное право (основы теории). М.: АПКИППРО. 2011. 212 с.
- Ladner, A. et al. (2019) Financial Control. In: *Patterns of Local Autonomy in Europe. Governance and Public Management*. Palgrave Macmillan, Cham. Pp. 125—150. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95642-8_5
- Lapina, M.A. & Lapin, A.V. (2012) Public financial control as an indicator of the development of civil society. *Financial Law*. (4), 2—6. (in Russian).
Лапина М.А., Липин А.В. Общественный финансовый контроль как показатель развития гражданского общества // Финансовое право. 2012. № 4. С. 2—6.
- Pais, I. & Provasi, G. (2015) Sharing Economy: A Step towards the Re-Embeddedness of the Economy? *Stato e Mercato*. (3), 347-378.
- Pakhomova, L.M. (2019) Problems of definitions in legal regulation of the public procurement system. *Ars Administrandi*. 11(2), 184—199. <https://doi.org/10.17072/2218-9173-2019-2-184-199> (in Russian).
Пахомова Л.М. Проблемы дефиниций правового регулирования системы публичных закупок // *Ars Administrandi*. (Искусство управления). 2019. Т. 11. № 2. С. 184—199. <https://doi.org/10.17072/2218-9173-2019-2-184-199>
- Peshin, N.L. (2019) Public control in the system of local self-government: bases and features. *RUDN Journal of Law*. 23(3), 311—332. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2019-23-3-311-33> (in Russian).
Пешин Н.Л. Публичный контроль в системе местного самоуправления: основания и особенности // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2019. Т. 23. № 3. С. 311—332. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2019-23-3-311-332>
- Pilipenko, A.N. (2019) *Public control in France: monograph*. Moscow, INFRA-M Publ. (in Russian).
Пилипенко А.Н. Публичный контроль во Франции: монография. М.: ИНФРА-М, 2019. 256 с.
- Ryabova, E.V. (2019) Public financial control: revealing the essence of the phenomenon. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. (2), 103—123. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.2.103.123> (in Russian).
Рябова Е.В. Публичный финансовый контроль: выявление сущности явления // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 103—123. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.2.103.123>

- Shichanin, M.A. (2021) On the place of digital technologies in the system of public financial control. *State and Law*. (5), 154—158. (in Russian).
Шичанин М.А. К вопросу о месте цифровых технологий в системе публичного финансового контроля // Государство и право. 2021. № 5. С. 154—158.
- Shmidt, M. (2019) The sharing economy and its paradoxes: a sociological study of sharing communities in Russia. *Universe of Russia. Sociology. Ethnology*. 28(2), 148—171. <https://doi.org/10.17323/1811-038X-2019-28-2-148-171>
- Tarasova, A.E. & Vlasenko, D.K. (2012) Public control over the constitutionality of law enforcement: the competence of the Constitutional Court of the Russian Federation. *Journal of Russian Law*. 3(183), 70—76. (in Russian).
Тарасова А.Е., Власенко Д.К. Публичный контроль за конституционностью правоприменения: компетенция Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2012. № 3 (183). С. 70—76.
- Terekhova, E.V. (2007) *Financial and legal aspects of non-state financial control in the Russian Federation*. Dis. ... Cand. of Legal Sciences. Moscow, Moscow state law academy. (in Russian).
Терехова Е.В. Финансово-правовые аспекты негосударственного финансового контроля в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Моск. гос. юрид. акад. 2007. 23 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (1995) *Public law*. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЕК, 1995. 496 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (2021) Modern society management dynamics. *Journal of Russian Law*. 25(11), 5—18. <https://doi.org/10.12737/jrl.2021.132> (in Russian).
Тихомиров Ю.А. Динамика управления в современном обществе // Журнал российского права. 2021. Т. 25. № 11. С. 5—18. <https://doi.org/10.12737/jrl.2021.132>
- Tsindeliani, I.A. (2014) Public financial control in the system of financial law. *Russian justice*. 4(96), 92—99. (in Russian).
Цинделиани И.А. Публичный финансовый контроль в системе финансового права // Российское правосудие. 2014. № 4 (96). С. 92—99.
- Tsyganov, V. (2021) Artificial intelligence, public control, and supply of a vital commodity like COVID-19 vaccine. *AI & Soc*. <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01293-y>
- Yastrebov, O.A. (2010) *Legal entity of public law: a comparative legal study*. Diss. ... Doc. of Legal Sciences. Moscow, RUDN. (in Russian).
Ястребов О.А. Юридическое лицо публичного права: сравнительно-правовое исследование: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М.: РУДН, 2010. 50 с.
- Zelentsov, A.B. (2012) *Subjective public law*. Moscow, RUDN. (in Russian).
Зеленцов А.Б. Субъективное публичное право. М.: РУДН, 2012. 146 с.

Сведения об авторе:

Агагомедова Саният Абдулганиевна — кандидат юридических наук, доцент, сектор административного права и административного процесса, Институт государства и права Российской академии наук; 119019, Российская Федерация, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ORCID ID: 0000-0002-8265-2971

e-mail: saniyat_aga@mail.ru

About the author:

Saniyat A. Agamagomedova — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Sector of Administrative Law and Administrative Procedure, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-8265-2971

e-mail: saniyat_aga@mail.ru

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

CIVIL LAW

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-439-452>
EDN: GCMRYZ

Научная статья / Research Article

Понятие «страховой интерес» в гражданском праве: основные проблемы теории и практики

П.П. Баттахов^{id}✉, Ю.С. Овчинникова, С.М. Мотуренко

Институт государства и права Российской академии наук,
г. Москва, Российская Федерация
✉battakhov@mail.ru

Аннотация. Уделяется внимание значению страхового интереса в современной правовой среде. Страховой интерес рассматривается в соотношении со страховым риском, при этом объясняется смысл страховых имущественных потерь. В статье сформулированы признаки для единого понятия договора страхования. Уделено внимание таким признакам страхового интереса, как правомерность и частный (субъективный) характер. Автором раскрывается разница объективной и субъективной стороны страхового интереса, анализируется судебная практика. Сделан вывод о том, что страховой интерес субъекта состоит в компенсации имущественных потерь, которые не во всех случаях связаны с понятием «убытки» и «вред» в гражданском праве. Соответственно, во-первых, страховой интерес существует постольку, поскольку есть возможность наступления страховых имущественных потерь, и, во-вторых, страховой интерес имеет имущественный характер, что позволяет сформулировать единые признаки договора личного и имущественного страхования.

Ключевые слова: страховой интерес, правоотношение, договор, обязательство, страховой риск, правовое регулирование

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: П.П. Баттахов — написание раздела статьи «общие положения о страховом интересе», подбор и анализ нормативного материала, дизайн исследования; Ю.С. Овчинникова — разработка концепции исследования, написание раздела статьи «правомерность как свойство страхового интереса», подборка судебной практики; С.М. Мотуренко — работа с научными выводами статьи, анализ судебной практики, написание раздела статьи «страховой интерес является частным (субъективным)».

© Баттахов П.П., Овчинникова Ю.С., Мотуренко С.М., 2023



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

Дата поступления в редакцию: 20 января 2023 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Баттахов П.П., Овчинникова Ю.С., Мотуренко С.М. Понятие «страховой интерес» в гражданском праве: основные проблемы теории и практики // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 439—452. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-439-452>

The concept of “insurable interest” in civil law: Key issues of theory and practice

Petr P. Battakhov  , Yulia S. Ovchinnikova, Sergey M. Moturenko

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation
battakhov@mail.ru

Abstract. The article pays attention to the importance of insurable interest in the modern legal environment. The insurable interest is looked at in relation to the insurable risk; the meaning of the insured property losses is also explained. The article formulates the features for a single concept of insurance contract. In the focus are such features of insurable interest as legitimacy and private (subjective) nature. The author reveals the difference between the objective and subjective sides of the insurable interest and analyzes judicial practice. It is concluded that insurable interest of the subject consists in compensation for property losses, which are not in all cases related to the concept of “damage” and “harm” in civil law. Accordingly, the insurable interest exists insofar as there is a possibility of the occurrence of insured property losses; moreover, the insurable interest is of property nature, which allows us to formulate uniform features of a personal and property insurance contract.

Key words: insurance interest, legal relationship, contract, obligation, insurance risk, legal regulation

Conflict of interest. The authors declare no conflict of interest.

Authors’ contribution. P.P. Battakhov — writing the section of the article “general provisions on insurance interest”, selection and analysis of normative material, research design; Y.S. Ovchinnikova — development of the research concept, writing the section of the article “legality as a property of insurance interest”, a selection of judicial practice; M.M. Sergeev — work with the scientific conclusions of the article, analysis of judicial practice, writing the section of the article “insurance interest is private (subjective)”.

Article received 20th January 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Battakhov P.P., Ovchinnikova, Yu.S., Moturenko, S.M. (2023) The concept of “insurable interest” in civil law: Key issues of theory and practice. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 439—452. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-439-452>

Введение

Несмотря на большое количество исследований по данной тематике, вопросы правовой природы, целей и особенностей применения понятия «страховой интерес» остаются весьма актуальными. Во-первых, страховой интерес как ключевое понятие в страховании присутствует во всех видах правоотношений и участвует

в трансформациях правового регулирования. Во-вторых, в теории и на практике возникают вопросы значимости страхового интереса, а также действительности страховых сделок в зависимости от того, имеется ли у субъектов правоотношений страховой интерес.

Методологическая основа исследования

Методология научного исследования направлена на анализ категорий страхового права, связанных с понятием «страховой интерес». При этом применение догматического метода научного исследования позволило выявить основные признаки понятия «страховой интерес», разграничив его от других правовых понятий, а также выделить сущность данного правового явления, его направленность. На основании данных теоретических выводов проанализированы правоприменительная практика и страховое законодательство.

Сравнительно-правовой метод исследования использован при характеристике субъективной и объективной стороны страхового интереса, теоретические выводы были сделаны на основе анализа социологического, психологического, исторического и других аспектов проблемы.

Общие положения о страховом интересе

Специфический интерес, который именуется страховым, имеется у страхователя и выгодоприобретателя, страховщик при этом имеет такой же стимул, как и любой предприниматель, или иначе — преследует коммерческий интерес, который состоит в извлечении прибыли. По этой причине вполне обоснованно можно утверждать, что проблемы теоретического осмысления сущности понятия «страховой интерес» способствуют более полноценной защите интересов страхователей и выгодоприобретателей.

Вместе с тем подходы к понятию «страховой интерес» в науке совершенно различны — в частности, позиции некоторых ученых состоят в том, что как таковое существование данного понятия в науке гражданского права нецелесообразно. В частности, А. И. Худяков утверждает (Khudyakov, 2010:345), что ввиду противоречивости и неоднозначности данного понятия в законодательстве следует отказаться от его использования, аналогичной позиции придерживается и С.В. Дедиков (Dedikov, 2010:10). Однако большинство авторов считает понятие «страховой интерес» *необходимым и значимым*, и эта позиция представляется более последовательной и аргументированной.

Дело в том, что страховой интерес обладает чертами, которые *существенно отличают его от других интересов в сфере гражданского оборота*. Это отличие вызвано тем, что страховой интерес имеет непосредственную связь со страховым риском — это означает, что, если в правоотношении существует страховой риск как возможность наступления страховых имущественных потерь, присутствует и страховой интерес, и наоборот. Благодаря данной связи со страховым риском страховой интерес приобретает в правоотношении совершенно особое значение, являясь своего рода принципом в компенсационном страховании, без которого последнее превратилось бы в азартную игру (Kratenko, 2020:776) По этой причине страховой интерес и признается объектом страхового правоотношения, данный вывод соответствует

классическому пониманию данного понятия (Belykh, Krivosheev & Mitrichev, 2011:360) и применим по отношению как к имущественному, так и к личному страхованию.

Бесспорным является тот факт, что страховой интерес характеризуется теми же особенностями, что и всякий интерес в частно-правовой сфере. Во-первых, он является собой потребность, которая выражается в форме стремлений и намерений (Gribanov, 2001:346), что, несомненно, объединяет его с интересами в области гражданского оборота в целом. Во-вторых, страховой интерес как потребность предопределяет поведение субъекта. В этом смысле можно согласиться с научной позицией о коррелятивности воли и интереса (Asknaziy, 1951:72) и о том, что воля является своего рода выражением интереса — действительно, только при наличии определенного интереса (который именуют страховым) субъект выражает свою волю и вступает в страховые правоотношения.

Правовая природа страхового интереса состоит в следующем. Страховой риск, как уже упоминалась, неразрывно связан со страховым интересом и является по своей сути возможностью наступления страхового случая, который несет для страхователя во всех видах страхования негативные имущественные последствия. Именно в нейтрализации данных негативных последствий и состоит страховой интерес субъекта при вступлении в страховые правоотношения. Страховой интерес у субъекта в правоотношении присутствует постольку, поскольку есть страховой риск как возможность наступления страхового случая и, соответственно, неблагоприятных последствий. В этой связи как нельзя более верным и точным представляется высказывание О.С. Иоффе, смысл которого состоит в том, что все страховые правоотношения имеют направленность на возмещение неблагоприятных последствий или иначе — потерь имущественного характера (Ioffe, 2003:700).

Из вышеизложенного следует, что, во-первых, страховой интерес заключается в компенсации потерь имущественного характера. Во-вторых, страховые имущественные потери не всегда связаны с такими гражданско-правовыми понятиями, как «убытки», «ущерб» или «вред», и объяснить это можно следующим образом (Battakhov & Ovchinnikova, 2022). Понятие «вред» в цивилистике в большинстве случаев понимается как умаление благ субъекта, которое может иметь материальный или нематериальный характер (Sergeev, Tolstoy, 2003). Понятие убытки по сути означает также определенное имущественное умаление, которое может выражаться в материальном ущербе и (или) упущенной выгоде субъекта. Однако разница состоит в том, что *страховой случай далеко не во всех случаях связан с умалением определенных благ*. Так, например, при страховании на дожитие до определенного возраста страховым случаем является, соответственно, достижение возрастной черты, которое никак не связано с вредом или убытками. То же можно сказать и о таком страховом случае, как вступление в брак или обращение застрахованного лица за медицинской помощью. Однако, хотя в приведенных примерах отсутствуют убытки или вред, присутствуют *имущественные потери*. Речь идет о том, что медицинские услуги должны быть оплачены пациентом и вступление в брак влечет материальные расходы.

Можно сделать вывод, что страховой интерес не всегда связан с вредом или убытками, но во все случаях с упомянутыми выше *имущественными потерями, наступающими как следствие страхового случая*. По этой причине использование понятия «страховые имущественные потери» применительно к последствиям

страхового случая представляется более точным и отражающим суть данных правовых явлений.

Страховой случай — явление со сложным составом. С одной стороны, это собственно страховое событие и, с другой стороны, — его последствия в виде потерь имущественного характера, в компенсации которых состоит интерес страхователя (застрахованного лица). По этой причине весьма спорным является вывод А.И. Худякова о наличии так называемых безрисковых страховых правоотношений (Khudyakov, 2010:400). Данная позиция основана на том, что не во всех страховых правоотношениях в личном страховании при наступлении страхового случая проявляются признаки вреда, а если нет «вредоносности», отсутствует и страховой риск и, следовательно, существуют безрисковые виды страхования.

Ошибочность данной точки зрения состоит в том (Zankovsky, 2002:27), что, на наш взгляд, суть страховой защиты состоит не собственно в возмещении вреда, который в некоторых случаях может и отсутствовать, а в компенсации потерь имущественного характера, которые являются следствием страхового случая во всех видах страхования. *Вступая в страховые правоотношения, субъект ставит целью именно нейтрализацию потерь имущественного характера, которые могут возникнуть вследствие страхового случая и в этом одновременно и состоит страховой интерес.* В связи с этим, по нашему мнению, невозможно наличие безрисковых видов страхования, поскольку само страховое правоотношение существует пока есть страховой интерес и возможность наступления потерь имущественного характера.

Ввиду того, что страховой интерес всегда имеет имущественный характер, представляется справедливым вывод о том, что он являет собой разновидность именно имущественных интересов, наряду с инвестиционным, банковским и т. д. (Serebrovsky, 2003:540).

Данная позиция позволяет не сомневаться в том, что существуют общие признаки личного и имущественного страхования, которые могут служить концептуальной основой для формулировки единого договора страхования — речь идет о страховом риске и страховом интересе имущественного характера.

Приходим к выводам: во-первых, суть страхового интереса — в компенсации страховщиком потерь имущественного характера, во-вторых, страховой интерес связан со страховым риском, который представляет собой возможность наступления потерь имущественного характера. Наконец, в силу первых двух причин страховой интерес имеет особое значение и является объектом страхового правоотношения.

Следовательно, страховой интерес (как в имущественном, так и личном страховании) заключается в потребности субъекта в компенсации потерь имущественного характера, возникших вследствие страхового случая.

В дальнейшем статья посвящена определению признаков страхового интереса, который является по своей сути правомерным и частным (субъективным), а также страховому интересу как условию существования страхового правоотношения.

Правомерность как свойство страхового интереса

В соответствии со смыслом императивной нормы п. 1 ст. 928 ГК РФ страхование противоправных интересов запрещено. При этом не стоит отождествлять *отсутствие страхового интереса и его противоправность*. В связи с этим возможны две ситуации. Первая — отсутствие страхового интереса. Так, например, при страховании имущества существенной составляющей страхового интереса

является правовое основание или иначе — юридическая связь с имуществом. Если соответствующий договор признан недействительным, отсутствует и правомерный страховой интерес. Речь идет, например, о договоре купли-продажи, мены, дарения, аренды и т.д., которые являются основаниями приобретения права собственности и других имущественных прав. Вторая ситуация, имеющая отношение непосредственно к запрету закона, — когда имеет место *противоправность страхового интереса* (п. 1 ст. 928 ГК РФ). В данном случае предполагается, что субъект противоправного страхового интереса нарушает закон. Это могут быть как преступления, так и другие правонарушения. Например, имущество приобретается посредством кражи, мошенничества или другого уголовного преступления. При этом страхователь может сообщить страховщику заведомо ложные сведения, имеющие существенное значение для определения степени риска (п. 3 ст. 944 ГК РФ).

Можно сделать вывод, что подлежат страхованию только правомерные интересы. Однако, к сожалению, исходя из положений статьи 928 ГК РФ, невозможно однозначно определить, какие интересы являются противоправными или иначе — каковы критерии правомерности страхового интереса. Как результат — пункт 1 статьи 928 ГК РФ толкуется и применяется судами различным образом (Solomin, 2010:339).

Данная проблема может быть решена только путем введения в ГК РФ (желательно в статью 928 ГК РФ) норм *о критериях правомерности страхового интереса*. При этом данные критерии желательно вводить применительно к каждому виду страхования. Особенно много вопросов возникает при страховании имущества. Например, очевидно, что страховой интерес должен быть признан противоправным при завладении имуществом преступным путем. Однако бывают и другие нарушения, которые свидетельствуют о противоправности интереса и на вопрос, является ли при этом страховой интерес противоправным, может ответить только закон (Arkhipova, 2018:66).

Так, например, по условиям договора (Gabov, 2012:165) облигаторного перестрахования ответчик принял на себя обязательство за определенную плату (перестраховочную премию) компенсировать расходы, которые связаны с осуществлением истцом страховых выплат при реализации договоров страхования¹. В результате пожара застрахованное строение получило повреждения. По результатам страхового случая ООО „Северная казна“ (истец) выплатило страховое возмещение, при этом ответчик отказался компенсировать страховое возмещение по условиям договора перестрахования в добровольном порядке (Kuznetsova, 2008:48).

Перестрахователем (истцом) были представлены доказательства факта страхового случая и осуществления им страхового возмещения, в связи с чем суды сделали вывод об обоснованности заявленных требований. Однако ответчик (ООО «Перестраховочное общество «Находка Ре») ссылаясь на нарушение судами норм права и его законных интересов, в том числе в связи с тем, что застрахованное здание — самовольная постройка и по этой причине договор страхования следует признать недействительным, а интерес истца — противоправным.

Однако определением коллегии судей ВАС было отказано в рассмотрении дела в порядке надзора, при этом аргументы приведены были следующие. Во-первых, страхователь, являясь собственником, правомерно осуществлял основные

¹ См.: Определение ВАС РФ от 21 января 2011 года № ВАС-18332/10 «Об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ».

правомочия, что и доказывает наличие страхового интереса (п. 1 ст. 930 Гражданского кодекса Российской Федерации). В данном случае, кроме того, отсутствует завладение чужим имуществом с целью, противоречащей праву. Во-вторых, сам по себе факт отсутствия государственной регистрации недвижимости не исключает того, что данное имущество может быть объектом субъективных прав и предметом страховой сделки.

Вне всякого сомнения, судами применен верный критерий правомерности страхового интереса. Дело в том, что поскольку отсутствует приобретение застрахованного имущества с противоправной целью (противоправное завладение имуществом), признаки противоправности страхового интереса отсутствуют. Данный критерий (цель владения имуществом) четко разграничивает противоправный страховой интерес от правомерного при страховании имущества и должен быть, по нашему мнению, введен в законодательство (речь идет о ст. 928 ГК РФ).

При страховании ответственности по договору критерием правомерности страхового интереса может служить отсутствие (или наличие) нарушений закона со стороны страхователя. При этом в законе должен быть определен характер таких нарушений (Fogelson, 2012:574). Это могут быть, во-первых, нарушения по договору, по которому застрахован интерес, связанный с наступлением ответственности. Так, договор может быть признан недействительным по причине нарушения закона страхователем. Речь идет о сделках, которые совершены с целью, находящейся в противоречии с основами правопорядка (ст. 169 ГК РФ).

Во-вторых, это могут быть нарушения закона при заключении и реализации договора страхования ответственности, так, например, предоставление страховщику заведомо ложных сведений при заключении договора страхования (Rassolova, 2008:45).

При страховании ответственности за причинение вреда и предпринимательского риска интерес может быть признан противоправным в следующих случаях. Во-первых, в случае нарушения закона страхователем при заключении и реализации договора страхования. Во-вторых, сюда можно отнести нарушения, связанные с отсутствием лицензии или других предусмотренных законом условий, необходимых для осуществления конкретного вида деятельности. Например, предприниматель застраховал интерес, связанный с наступлением предпринимательского риска, но не имеет соответствующей лицензии². В этом случае страховой интерес следует признать противоправным. Подобная ситуация — субъект, не имеющий права заниматься медицинской деятельностью, застраховал интерес, связанный со своей профессиональной ответственностью врача³.

Помимо противоправных интересов императивной нормой ГК РФ не допускается страхование интересов, вызванных следующими расходами — во-первых, при участии в азартных играх (пари, игры, лотереи), и, во-вторых, при принуждении субъекта к освобождению заложников (п. 2, 3 ст. 928 ГК РФ).

Играм и пари свойственен признак состязательности участников, при этом достижение цели зависит как от случая, так и от квалификации и опыта партнеров. При пари происходит соревнование различных суждений относительно определенных

² См. Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ; РГ от 6 мая 2011 г. № 97.

³ См. Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ; РГ от 23 ноября 2011 г. № 263.

фактов и событий. На первый взгляд, у имущественного страхования с игрой, лотереей и пари существует много общего, связано это с тем, что играм и пари свойственна высокая степень риска в достижении желаемого результата. Во-первых, главная общая черта — данные сделки являются и в том, и в другом случае рисковыми. Во-вторых, одним из участников (страховщиком или участником игр) при наступлении определенного события должна быть выплачена денежная сумма. Наконец, как и в страховании, организаторы игр и лотерей нередко образуют денежные фонды специально с целью будущих выплат (Efimova, 1994:10).

Несмотря на это, данные правоотношения имеют совершенно разную правовую природу. Так, принципиально различаются цели вступления субъектов в данные правоотношения. В страховании речь идет о компенсации страховых имущественных потерь при наступлении страхового случая. Напротив, в играх, лотереях и пари как такового страхового случая нет, а целью является выигрыш или неожиданная прибыль. Различается и имущественный интерес, который, как уже упоминалось, в страховании состоит в возмещении имущественных потерь, возникших в результате страхового случая. В играх, лотереях и пари интерес состоит в получении материальной выгоды, которая связана с условиями данных мероприятий. Таким образом, игры, лотереи и пари, в отличие от страхования, *не являются способом защиты имущественного интереса* (Tikhonova, 2019:183).

Страховой интерес является частным (субъективным), имущественный страховой интерес не может существовать сам по себе, а только в связи с конкретным лицом. Одним словом, в правоотношении должен быть определен субъект страхового интереса (страховой интересент). В противном случае страховое правоотношение лишается определенности и непонятно, по отношению к кому возникают у страховщика права и обязанности. Субъектами страхового интереса могут быть не только страхователи, но также выгодоприобретатели и иные лица, и зависит это от правовой природы конкретного страхового правоотношения. Так, например, в страховании банковских вкладов страхователями являются банки, а субъектами страхового интереса и одновременно выгодоприобретателями — вкладчики. Как известно, именно владельцы транспортных средств являются субъектами страхового интереса по обязательству ОСАГО (страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств).

Гражданский кодекс РФ достаточно четко определяет субъектов страхового интереса. По договору страхования имущества — это страхователи или выгодоприобретатели, которые имеют интерес в сохранении данного имущества (п. 1 ст. 930 ГК РФ). Требование закона к страхователям и выгодоприобретателям при страховании имущества — наличие юридической связи с имуществом, которую, как известно, имеет не только собственник, но любой добросовестный владелец (арендатор, ссудополучатель и т.д.). При этом в тех случаях, когда договор заключается страхователем в пользу выгодоприобретателя, субъектом страхового интереса является, соответственно, выгодоприобретатель (например, страхователь, находясь в родственных отношениях с выгодоприобретателем, заключает договор добровольного страхования жилого помещения в его пользу). В качестве субъекта страхового интереса по договору страхования ответственности за причинение вреда выступает страхователь или иное лицо, на которое такая ответственность может быть возложена (п. 1 ст. 931 ГК РФ).

Две наиболее типичные ситуации следующие. Первая, наиболее распространенная, — когда страхователем является лицо, на которое возложена ответственность (Ershova & Enkova E.E., 2016:180). Например, адвокат осуществляет страхование интереса, который связан с профессиональной ответственностью, туроператор — с возможным неисполнением (ненадлежащим исполнением) обязательства (ст. 19 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»⁴, ст. 17.6 Закона «Об основах туристской деятельности в РФ»⁵).

Во втором случае страхуется интерес иного лица. Например, страхователь по договору страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств (ОСАГО) может застраховать как свой интерес, так и других владельцев транспортных средств, включая данных лиц в полис. Медицинская организация, как правило, страхует не только свой интерес, связанный с возможным наступлением ответственности, но и интерес медицинских работников. Соответственно, возникает вопрос, кто является субъектом страхового интереса в данных правоотношениях? На наш взгляд, в данных правоотношениях следует признать несколько субъектов страхового интереса — как страхователя, так и лица (или лиц), на которое такая ответственность может быть возложена. Данная ситуация вызвана тем, что в данных правоотношениях несколько субъектов, которые могут понести ответственность вследствие наступления страхового случая. Если речь идет об ОСАГО, то это все владельцы транспортного средства (п. 1 ст. 4 ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»)⁶. В добровольном страховании профессиональной ответственности врачей — это медицинская организация и медицинский (фармацевтический) работник, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 98 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» медицинские и фармацевтические работники, равно как и медицинские организации, несут ответственность за нарушение прав в сфере охраны здоровья, причинение вреда жизни и (или) здоровью граждан при оказании медицинской помощи.

Необходимо отметить, что п. 1 ст. 931 ГК РФ сформулирован неточно — исходя из его содержания, по договору страхования риска ответственности может быть застрахован или интерес самого страхователя, или иного лица, на которое такая ответственность может быть возложена. Как уже упоминалось, в страховых правоотношениях данного вида может быть несколько субъектов страхового интереса.

Следовательно, в п. 1 ст. 931 ГК РФ желательно внести соответствующие изменения: «по договору страхования ответственности за причинение вреда, может быть застрахован интерес самого страхователя и (или) иного лица, на которое может быть возложена такая ответственность».

При страховании ответственности по договору субъектом страхового интереса может быть только страхователь, поскольку именно он несет ответственность перед контрагентом. Такой договор заключается в пользу контрагента, который выступает в данном договоре в качестве выгодоприобретателя (п. 3 ст. 932 ГК РФ). По договору страхования предпринимательского риска субъектом страхового интереса, равно как и выгодоприобретателем, может быть только сам предприниматель (ст. 933 ГК РФ).

⁴ См. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»; РГ от 5 июня 2002 г. № 100.

⁵ См. Федеральный закон от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в РФ»; РГ от 3 декабря 1996 г. № 231.

⁶ См. Федеральный закон от 25 апреля 2002 года № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»; РГ от 07. 05.2002, № 80.

Вместе с тем не подлежат страхованию публичные интересы. Невозможно представить страхование публичных интересов государства (например, в сборе налогов). При этом по договору страхования имущества может быть застрахован частный страховой интерес государственной компании в сохранении имущества.

На практике достаточно распространены договоры страхования имущества «за счет кого следует». Данные страховые сделки заключаются в пользу выгодоприобретателя без указания имени или наименования последнего (п.3 ст. 930 ГК РФ), страхователю при этом выдается страховой полис на предъявителя. На первый взгляд в страховании «за счет кого следует» страховой интерес не является частным, а носит публичный характер. Однако это не так. Страховой интерес в таком виде страхования является частным, поскольку страхование осуществляется в пользу конкретного, но еще не определенного на момент заключения договора лица. Это подтверждается тем, что для получения по такому договору страхового возмещения страхователь или выгодоприобретатель должны представить страховщику полис и другие необходимые документы, предусмотренные договором страхования.

Страховой интерес — необходимое условие возникновения и существования страхового правоотношения

Старое страховое правило гласит: «Без интереса нет страхования». Как известно, в том случае, если страховая сделка заключена, но при этом отсутствует страховой интерес, она признается недействительным. Это объясняется *особым значением страхового интереса* для возникновения и существования страхового правоотношения, о чем было сказано ранее. При этом специфика страховых правоотношений состоит в том, что признание страховой сделки недействительной возможно только в том случае, если страховой интерес отсутствует на момент ее заключения. Если интерес по той или иной причине отпал в период действия договора страхования, это является основанием для его досрочного расторжения.

На практике нередко возникают споры о действительности договора страхования в связи с отсутствием интереса у лица, в пользу которого заключен договор. Необходимо отметить, что существует *субъективная и объективная стороны страхового интереса*. При этом объективная сторона страхового интереса — это установленные в законодательстве условия его действительности, наличие которых необходимо на момент заключения договора страхования (ст. 930—933 ГК РФ). Так, например, при заключении договора страхования имущества необходимо наличие у страхователя (выгодоприобретателя) интереса в его сохранении, при страховании ответственности за причинение вреда — интереса субъекта ответственности в нейтрализации имущественных потерь, связанных с возможным наступлением гражданско-правовой ответственности. В целом, как было указано выше, страховой интерес в страховании связан с компенсацией страховых имущественных потерь при наступлении страхового случая и наличием страхового риска. Субъективная сторона страхового интереса представляет собой формирование воли лица, что выражается в тех или иных действиях. Соответственно, составляющим (объективной или субъективной) страхового интереса формируется и судебная практика.

Так, для судебной практики по объективной стороне страхового интереса характерно следующее. Во-первых, как следует из п. 1 ст. 930 ГК РФ, имущество может быть застраховано не только в пользу собственника, но и обладателя других вещных, а также обязательственных прав, включая аренду и безвозмездное

пользование имуществом⁷. Во-вторых, за собственником страховой интерес признается даже в том случае, если обязанность по восстановлению имущества после повреждения несет контрагент⁸. Кроме того, обязанность доказывания отсутствия страхового интереса у страхователя (выгодоприобретателя) возложена на лицо, которое обращается в суд с требованием о признании договора страхования имущества недействительным⁹.

Так, по условиям договора предметом страхования явилось имущество истца, а именно: здание, производственная технологическая линия и товары на складе¹⁰, а страховым случаем — гибель или повреждение имущества по причине пожара, взрыва газа и др. В период действия страхового договора произошел пожар, вследствие которого причинен ущерб застрахованному имуществу. При этом страховая компания не выполнила обязательство по выплате страхового возмещения, вследствие чего страхователь обратился в суд с требованием о выплате страхового возмещения.

ОАО «Страховая группа МСК» предъявила встречный иск, суть которого — требование о признании страховой сделки недействительной (в части страхования технологической линии).

Решением суда со страховой компании в пользу истца взыскано страховое возмещение и, кроме того, проценты за пользование чужими денежными средствами. При этом судами было отказано в удовлетворении встречного иска. Данный вывод судов обоснован тем, что страховая компания не привела достаточных аргументов отсутствия у истца страхового интереса в сохранении технологической линии как застрахованного объекта. К такому же выводу пришел Высший Арбитражный Суд РФ при отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ и его следует считать справедливым — именно страховщик должен доказать, что интерес у страхователя отсутствует и, соответственно, суд оценивает приведенные аргументы с точки зрения соответствия закону и сложившимся обстоятельствам.

По поводу правоприменительной практики о субъективной стороне страхового интереса можно отметить следующее. В целом признается, что воля при возникновении страхового интереса должна формироваться в соответствии с осознанием сути сделки, что возможно только при *полном и достоверном информировании страхователя*. Так, в частности, истцу было предложено участие в программе страхования и, соответственно, заключение договора¹¹. При этом истец заблуждался относительно сути совершаемой сделки, предполагая, что заключил договор банковского вклада. Кроме того, сделка привела не к улучшению имущественного положения, а к неблагоприятным финансовым последствиям для страхователя. На основании вышеизложенного сделка была признана недействительной — как совершенная под

⁷ См.: п. 4 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договора страхования, утв. Информационным письмом Президиума ВАС от 28.11.2003 № 75 СПС // «Консультант плюс».

⁸ См.: п. 3 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договора страхования, утв. Информационным письмом Президиума ВАС от 28.11.2003 № 75 СПС // «Консультант плюс». утв. Информационным письмом Президиума ВАС от 28.11.2003 № 75 СПС // «Консультант плюс».

⁹ См.: п. 2 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договора страхования.

¹⁰ См. Определение ВАС РФ от 17 апреля 2012 года № ВАС-3974/12 «Об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ».

¹¹ Дело № 2-6954/2020 Вологодского городского суда Вологодской области — СПС // «Консультант плюс».

влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ) и, кроме того, с признаками кабальной сделки (ст. 179 ГК РФ).

Нередко проблемы формирования страхового интереса ввиду недостаточной информированности субъекта возникают в сфере потребительского кредитования. Так, истец обратилась в суд с иском к банку о расторжении договора страхования, взыскании убытков, неустойки и т. п. в связи с тем, что не была проинформирована о добровольном характере и условиях страховой сделки¹². Суд первой инстанции исковые требования удовлетворил. При этом суд апелляционной инстанции отказал в удовлетворении иска со ссылкой на то, что банк проинформировал истца о сути договора страхования. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ апелляционное определение отменила, направив дело на новое рассмотрение, с указанием на то, что судами не были исследованы факты информирования банком истца о характере страховых услуг, в частности, доведения до сведения истца наличия у него права на отказ от договора страхования в любое время.

Заключение

Страховой интерес в страховом правоотношении жестко связан с наличием страхового риска и имеет особое значение в страховом правоотношении, являясь его необходимым условием. Страховому интересу свойственен имущественный характер, а направленность — на компенсацию (нейтрализацию) страховых имущественных потерь.

Таковы основные концептуальные и правоприменительные проблемы, возникающие при формулировке и реализации понятия «страховой интерес».

References / Список литературы

- Arkhipova, A.S. (2018) Is insurance a means of securing obligations? *Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation*. (8), 65—87. (in Russian).
Архипова А.Г. Является ли страхование способом обеспечения обязательств? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 65—87.
- Asknazi, I.L. (1951) Review of the book by Bratus S.N. “The subjects of the civil law”. *The Soviet State and Law*. (3), 72—73. (in Russian).
Аскназий И.Л. Рецензия на книгу С.Н. Братуся «Субъекты гражданского права» // Советское государство и право. 1951. № 3. С. 72—73.
- Battakhov, P.P. & Ovchinnikova Y.S. (2022) Insurable interest in credit relations: the legal nature and special aspects of implementation. *Banking law*. (5), 48—58. <https://doi.org/10.18572/1812-3945-2022-5-48-58> (in Russian).
Баттахов П.П. Овчинникова Ю.С. Страховой интерес в кредитных отношениях: правовая природа и особенности реализации // Банковское право. 2022. № 5. С. 48—58. <https://doi.org/10.18572/1812-3945-2022-5-48-58>
- Belykh, V.S., Krivosheev, I.V. & Mitrichev, I.A. (2011) *Insurance law of Russia*, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Белых В.С., Кривошеев И.В., Митричев И.А. Страхование России. М.: НОРМА; ИНФРА-М, 2011. 351 с.
- Dedikov, S.V. (2010) Functional theory of insurance interest. *Lawyer*. (10), 12—13. (in Russian).

¹² п. 2 Обзора практики рассмотрения судами споров, возникающих из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 5 июня 2019 г.).

- Дедиков С.В. Функциональная теория страхового интереса // Юрист. 2010. № 10. С. 12—13.
- Fogelson, Y.V. (2012) *Insurance law: theoretical foundations and practice of application: monograph*, Norma Publ., INFRA-M Publ. (in Russian).
Фогельсон Ю.В. Страхование: теоретические основы и практика применения: монография. М.: Норма, Инфра-М, 2012. 574 с.
- Khudyakov, A.I. (2010) *Insurance Theory*. Statut Publ. (in Russian).
Худяков А.И. Теория страхования. М.: Статут, 2010. 654 с.
- Gabov, A.V. & Molotnikov, A.E. (2012) Problems of legal regulation of liability insurance of heads of business companies. *Zakon*. (9), 162—178. (in Russian).
Габов А.В., Молотников А.Е. Проблемы правового регулирования страхования ответственности руководителей хозяйственных обществ // Закон. 2012. № 9. С. 162—178.
- Gribanov, V.P. (2000) *Implementation and protection of civil rights*, Moscow, Statute Publ. (in Russian).
Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. 410 с.
- Efimova, L. (1994) Insurance as a way of securing obligations under the loan agreement. *Economy and law*. (7), 10—18. (in Russian).
Ефимова Л. Страхование как способ обеспечения обязательств по кредитному договору // Хозяйство и право. 1994. № 7. С. 10—18.
- Ershova, I.V. & Enkova, E.E. (2016) Bankruptcy: legislative model and law enforcement practice. *Lex Russica*. 8(117), 178-207. (in Russian).
Ершова И.В., Енькова Е.Е. Банкротство: законодательная модель и правоприменительная практика // Lex russica (Русский закон). 2016. № 8(117). С. 178—207.
- Ioffe, O.S. (2020) *Selected works on civil law: From the history of civil thought. Civil law. Criticism of the theory of "economic law"*. 4th ed. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 4-е изд. М.: Статут, 2020. 782 с.
- Kratenko, M.V. & Luik, O.Y. (2020) Modern concept of indemnity insurance and prospects for its implementation in Russian Law. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. (50), 762—786. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2020-50-762-786> (in Russian).
Кратенко М.В., Луик О.Ю. Современная модель компенсационного страхования (Indemnity Insurance) и перспективы ее воплощения в российском праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. Вып. 50. С. 762—786. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2020-50-762-786>
- Kulichev, R.B. (2021) Some issues of protecting the rights of citizens when concluding transactions under the influence of psychological coercion. *Law and politics*. (12), 61—68. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2021.12.37237> (in Russian).
Куличев Р.Б. Некоторые вопросы защиты прав граждан при заключении сделок под влиянием психологического принуждения // Право и политика. 2021. № 12. С. 61—68. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2021.12.37237>
- Kuznetsova, L.V. (2008) Insurance interest. *Zakon*. (5), 48—62. (in Russian).
Кузнецова Л.В. Страховой интерес // Закон. 2008. № 5. С. 48—62.
- Rassolova, T.M. (2008) *Insurance law*. Moscow, Unity Publ., Law and law, 367 p.
Рассолова Т.М. Страхование. М.: ЮНИТИ: Zakon i pravo Publ. (in Russian).
- Serebrovsky, V.I. (2003) *Selected works on inheritance and insurance law*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут. 2003. 556 с.
- Sergeev, A.P. & Tolstoy, Y.K. (eds.). (2003) *Civil law: textbook: in 3 vols. Vol. 2. 4th ed., revised and additional*. Moscow, TK Velby Publ., Prospekt Publ. (in Russian).

Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 2. 4-е изд., перераб. и доп.; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М.: ТК Велби, Проспект, 2005. 848 с.

Solomin, S.K. (2010) *Theoretical problems of civil law regulation of banking credit relations: ... of doc. of legal sciences*. Moscow, Acad. nar. household under the Government of the Russian Federation. (in Russian).

Соломин С.К. Теоретические проблемы гражданско-правового регулирования банковских кредитных отношений: дисс. ... доктора юрид. наук. М.: Акад. нар. хоз-ва при Правительстве РФ. 2010. 339 с.

Tikhonova, L.A. (2019) On the legal nature of credit legal relations. *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. 2(127), 183—191. (in Russian).

Тихонова Л.А. К вопросу о правовой природе кредитных правоотношений // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 2 (127). С. 183—191.

Сведения об авторах:

Баттахов Петр Петрович — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, Институт государства и права Российской академии наук; 119019, Российская Федерация, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ORCID ID: 0000-0003-2251-4312

e-mail: battakhov@mail.ru

Овчинникова Юлия Сергеевна — кандидат юридических наук, научный сотрудник, Институт государства и права Российской академии наук; 119019, Российская Федерация, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

e-mail: domosedka@mail.ru

Мотуренко Сергей Михайлович — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, Институт государства и права Российской академии наук; 119019, Российская Федерация, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

e-mail: moturenko@yandex.ru

About the authors:

Petr P. Battakhov — Candidate of Legal Sciences, senior researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences. 10 Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-2251-4312

e-mail: battakhov@mail.ru

Yulia S. Ovchinnikova — Candidate of Legal Sciences, research associate, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences. 10 Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation

e-mail: domosedka@mail.ru

Sergey M. Moturenko — Candidate of Legal Sciences, senior researcher, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences. 10 Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation

e-mail: moturenko@yandex.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-453-467>
EDN: FVVPGP

Научная статья / Research Article

The development of an insolvency privilege for derivatives in German law

Aleksey P. Klementyev  

National Research University Higher School of Economics (NRU HSE),
Moscow, Russian Federation
 aklementiev@hse.ru

Abstract. The article outlines the development of insolvency privilege with respect to derivatives under German law in its historical perspective. It traces the evolution of special privilege from the moment when it was first announced in the German insolvency statute (*Insolvenzordnung*) and came into force on August 1, 1994, up to the moment when legislative provisions securing the functioning of derivatives in insolvency context were amended in response to the 2016 Federal Court of Justice Verdict. This court ruling ended the long-standing consensus on “friendliness” of the German insolvency law to derivatives and other financial transactions. German highest court concluded that contractual clauses on the termination of obligations under derivative contracts in the event of bankruptcy are invalid unless their legal result is identical to the one prescribed by law. This court decision created significant legal uncertainty for recognition of claims under derivative transactions and directly influenced the use of standard master agreement for over-the-counter derivatives. Drafted under the auspices of the German Banking Union (GBU), an organization representing the interests of German financial institutions, German Master Agreement for Financial Derivatives Transactions (*Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte*) provided a contractual framework for the relevant market, and it came under significant pressure. Overall, German insolvency rules were significantly enforced to achieve the enforceability of close-out netting thus expanding the insolvency privilege for derivative transactions.

Key words: close-out netting, financial collateral, insolvency, cherry picking

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 10th November 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Klementyev, A.P. (2023) The development of an insolvency privilege for derivatives in German law. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 453—467. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-453-467>

© Klementyev A.P., 2023



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

Развитие привилегии при несостоятельности в отношении деривативов по немецкому праву

А.П. Клементьев  

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Москва, Российская Федерация
 aklementiev@hse.ru

Аннотация. В исторической перспективе описывается развитие привилегии для деривативов по немецкому праву в условиях банкротства. Прослеживается эволюция привилегии с момента, когда она впервые появилась в немецком законе о несостоятельности (*Insolvenzordnung*) и вступила в силу 1 августа 1994 г., до момента внесения изменений в законодательные положения, обеспечивающие функционирование деривативов в контексте несостоятельности в ответ на решение Верховного суда Германии 2016 года. Это судебное решение положило конец давнему консенсусу в отношении «дружественности» законодательства Германии о несостоятельности по отношению к деривативам и другим финансовым сделкам. Высший суд Германии пришел к выводу о том, что договорные положения о прекращении обязательств по деривативным договорам в случае банкротства недействительны, если их юридический результат не идентичен предусмотренному законом. Это решение суда создало значительную правовую неопределенность в отношении признания требований по сделкам с производными финансовыми инструментами и напрямую повлияло на использование стандартного генерального соглашения для внебиржевых производных финансовых инструментов. Разработанное под эгидой Немецкого банковского союза (*GBU*), организации, представляющей интересы немецких финансовых учреждений, немецкое генеральное соглашение о сделках с производными финансовыми инструментами (*Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte*) обеспечило договорную основу для соответствующего рынка и подверглось значительному давлению. В целом, немецкое законодательство о несостоятельности было значительно усилено для обеспечения возможности принудительного исполнения ликвидационного неттинга, что расширило привилегию для сделок с производными инструментами при несостоятельности.

Ключевые слова: привилегия в банкротстве, ликвидационный неттинг, финансовое обеспечение, неплатежеспособность, cherry picking

Конфликт интересов. Автор заявил об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 10 ноября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Klementyev A.P. The development of an insolvency privilege for derivatives in German law // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 453—467. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-453-467>

Introduction

Financial contracts concluded on exchanges and in the over-the-counter market became widespread in modern economy. Not surprisingly, they attract a lot of attention from practicing lawyers and academics. While the former draft standard documentation and give legal advice to market participants, the latter evaluate regulatory and statutory measures aimed at risk mitigation and protection of weak parties to financial transactions. Notwithstanding this attention, the notions of “financial transaction” and “financial contract” are far from being clear. 2013 Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions, an international instrument developed by UNIDROIT and aimed at

harmonization of certain insolvency law provisions, deal with financial contracts directly. Nevertheless, it addresses difficulties to distinguish between financial contracts and commercial contracts in general.

The category of “financial contracts”

Speculatively, financial contracts may be defined as those concluded, altered, and discharged in financial markets. The main function of those markets is the exchange of capital between its participants (Molyneux & Valdez, 2010:3) and transfer of financial positions together with associated risks and returns from person to person (Benjamin, 2007:14). P. Paech mentions derivative and repo transactions as belonging to the category of “financial contracts” although the researcher leaves the list of financial contracts open to other transactions (Paech, 2016:855). Thus, one may consider derivatives or derivative financial instruments as an example of a financial contract. While financial contracts serve as a generic term for derivatives, repos and other contracts existing in financial markets, “derivative” is a generic term for describing futures, options, swaps and similar instruments (Wood, 1995:207)¹. From contract law perspective, derivatives are defined as bilateral (synallagmatic) contracts with a postponed maturity date (Benzler, 1999:29)².

To function smoothly, financial transactions and derivatives require special insolvency treatment. Contractual arrangements documenting these instruments envisage offset of mutual position values and swift access to financial collateral, i.e., cash and securities transferred to secure obligations in question. These contractual provisions may be compromised by insolvency law rules such as prohibition of insolvency set-off, rights of an insolvency administrator to select transactions, various stays and ban on contractual provisions on early termination of contracts on bankruptcy. Lawmakers and regulators leaning towards favorable treatment of derivatives and other financial transactions shape local insolvency laws in a manner giving rise of a special insolvency privilege for those contracts.

Such a privilege is even more striking given that it serves as an exception from the principle of *par condition creditorum* (Paulus, 2015:533), almost universally accepted cornerstone of insolvency law. This article traces the development of insolvency privilege for derivatives under German insolvency law. In Western legal thought the privilege is evaluated through the lens of the fall of Lehman Brothers, a leading investment bank whose bankruptcy became the biggest in history of the United States (Johnson, 2015:120; Paech, 2016:880). Due to Lehman insolvency some notable case law in the field of derivatives

¹ A definition of a “derivative” coined by Global Derivatives Study Group suggests that a derivative is “a bilateral contract or payment exchange whose value derives, as its name implies, from the value of an underlying asset or underlying rate or index” Derivatives: Practices and Principles. Global Derivatives Study Group. 28. Available at: https://group30.org/images/uploads/publications/G30_Derivatives-PracticesandPrinciples.pdf. [Accessed 29th October 2022].

² G. Reiner distinguishes between derivative and derivative-like transactions depending on the manner of their performance (Reiner, 2002:29). Also, the researcher provides a list of characteristic features pertaining to derivative transactions including (i) giving rise to mutual contractual obligations, (ii) producing stochastically determined cash flows, (iii) cash settlement, (iv) ability to be reproduced at any moment of time, and (v) giving rise to certain risks (Reiner, 2002:29).

emerged³. On top of it, the fall of this global financial powerhouse resulted in a law reform of an insolvency privilege for financial transactions in Germany in the aftermath of the Federal Court of Justice Verdict dated 9 June 2016 (the “FCJ Decision”)⁴.

The initial development of the privilege

Konkursordnung of 1877 (KO)⁵, the first insolvency statute of the German Empire, did not bestow any privileges on parties to financial transactions *per se*. The only article applying to financial transactions was §16 as it addressed the delivery of goods having a market or exchange price in case those obligations matured once the insolvency proceedings were introduced. After the opening of insolvency proceedings performance of those obligations was not permitted. Rather, the supplier was entitled to a claim representing the difference between the market and exchange price and the price of the goods embedded in the relevant contract. Meanwhile, KO contained §17 which applied solely to lease and rental arrangements and allowed the insolvency administrator (*Konkursverwalter*) to terminate those agreements before their maturity. According to §103 of the *Insolvenzordnung* (InsO)⁶, an insolvency statute that was adopted in 1994 and fully replaced KO in 1999, the right of the insolvency administrator to reject or keep contractual obligations (*Konkursverwalterwahlrecht*) became broader to encompass other types of transactions.

In turn, the said right may have resulted in a practice known as “cherry picking” (*Rosinenpicken*) (Reiner, 2002:184) whereby transactions unprofitable for the insolvency estate are rejected while those bringing additional funds and assets to the insolvent debtor stay in force. In international and local contractual practice, derivative transactions rarely exist in a standalone form. Rather, multiple trades are negotiated between the same counterparties based on a master agreement (*Rahmenvertrag*) with a view to ease the conclusion of single transactions and manage credit risks (Reiner, 2002:183). Such master agreements are widespread in the derivatives markets (Benzler, 1999:37) and envisage a single contractual arrangement notwithstanding the existence of a whole portfolio of a variety of derivative transactions; however, cherry picking by the insolvency administrator may undermine those principles. Underlying assets for derivative transactions include shares, bonds and share indices (Köbler, 2016:96). Increased volatility of those assets incentivizes an insolvency administrator to cherry pick certain transactions.

To illustrate the danger of cherry picking one may refer to the ISDA master agreement drafted by International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA). The agreement contains a so-called single agreement clause uniting separate derivative trades into one contractual arrangement. To provide an example, it is necessary to quote section 1(c) of the 2002 ISDA Master Agreement, the latest framework agreement prepared by the International Swaps and Derivatives Association: “*All Transactions are entered into in*

³ See, e.g., *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)*, Re 2016. EWHC 2417 (Ch); 2017, 2 All E.R. (Comm) 275; 2017, Bus. L.R. 1475; Official Transcript.

⁴ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14). Available at: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74978&pos=0&anz=1>. [Accessed 29th October 2022].

⁵ Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1877, Nr. 10 Seite 351-389.

⁶ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866).

reliance on the fact that this Master Agreement and all Confirmations form a single agreement between the parties (collectively referred to as this “Agreement”), and the parties would not otherwise enter into any Transactions”⁷. According to the clarification produced by ISDA itself, this clause has a crucial character, and each confirmation (e.g., legal document containing the terms of single trades) does not represent a separate agreement between the parties⁸.

Another example of the same approach is the German Master Agreement for Financial Derivatives Transactions (*Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte*) (the “DRV”)⁹, a framework contract under German law that is going to be considered in detail in this research. Under section (2) of the of DRV 1993/2001 “*The terms and conditions set out below shall apply to each transaction that is entered into pursuant to this Master Agreement (hereinafter called a “Transaction”). All Transactions among themselves and together with this Master Agreement shall constitute a single agreement (hereinafter called the “Agreement”); they shall be entered into in accordance with and in reliance on this principle, to achieve an aggregated risk assessment*”. Therefore, the drafters of DRV proposed to treat single financial operations (“*Einzelabschlüssen*”) as a single agreement (*einheitlichen Vertrag*) citing risk concerns as an incentive.

Thus, an insolvency administrator may reject the whole portfolio of transactions concluded under the same master agreement or abstain from exercising relevant selection rights. According to G. Reiner, the “cherry picking” danger is overestimated as the rationally acting insolvency administrator would not cancel unprofitable transactions as market volatility may result in them becoming beneficial for the insolvency estate in the future (Reiner, 2002:198)¹⁰. By the same token, due to moves in asset prices, currency and exchange rates as well as interest rates unprofitable transactions may prove to bring profits to the troubled debtor allowing the insolvency supervisor appointed by the court to perform its functions more efficiently.

Stephen J. Lubben, professor at Seton Hall Law School, provides other arguments to the sceptic view of cherry-picking rights stating that the reasons why it is considered “bad” are of a rather vague nature (Lubben, 2009:61)¹¹. Meanwhile, other researchers of derivatives and financial transactions, such as Joanna Benjamin, Emeritus Professor of Law at London School of Economics (Benjamin, 2007:269) and Bob Wessels, professor

⁷ International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA). Available at: <https://www.isda.org/book/2002-isd-master-agreement-mylibrary/> [Accessed 29th October 2022].

⁸ User’s Guide to the ISDA 2002 Master Agreement, 2003 edition. Available at: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/Users%20Guide%20to%20the%202002%20ISDA%20Master%20Agreement.pdf> [Accessed 29th October 2022].

⁹ Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte. Available at: https://bankenverband.de/media/contracts/RV-FTG-44015_1201_Muster.pdf [Accessed 29th October 2022].

¹⁰ Also, the author notes that the position in a derivative contract may be extended in the market (“*die Position jederzeit am Markt zu prolongieren*”) (Reiner, 2002:198). The ability to be reproduced in the market of underlying assets (*jederzeitige Reproduzierbarkeit*) is one of the fundamental features of derivatives alongside including giving rise to mutual contractual obligations and producing certain risk. However, the key question is the possibility of reproducing the contract with the same financial result, and such reproduction may seem problematic (Reiner, 2002: 21).

¹¹ These concerns seem even more sound given that cherry picking rights are not confined to German law or the law of other civil law jurisdiction. For instance, the right of insolvency trustee to “get rid” of executory contracts is a feature of U.S. Insolvency Law. See, e.g., 11 U.S. Code § 365 — Executory contracts and unexpired leases. Available at: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/Users%20Guide%20to%20the%202002%20ISDA%20Master%20Agreement.pdf> [Accessed 29th October 2022].

emeritus of international insolvency law at Leiden University (Wessels, 1997:187), take cherry picking seriously. The same view is shared by the drafters of the UNIDROIT Netting Principles as this harmonization instrument contains several clauses addressing the consequences of cherry picking. In a commentary to principle 7(1)(b), the authors of the document clarify that the “bundle of transactions would be disassembled and the solvent party would be required to perform its obligations under all the transactions that were unfavorable from its perspective, whereas the insolvency administrator would not perform the obligations under the favorable transactions”.

The approach of the German legislator was incapable of citing as it decided to introduce a special insolvency privilege into InsO, and such privilege was embedded into §104. Notably, that paragraph came into force on August 1, 1994 five years before InsO fully replaced KO (Wood, 1995:176). The said article clause (1) of §104 resembled §16 KO to the extent that the claims contracts for delivery of goods with a market or exchange value and a fixed performance date were replaced by a monetary claim for non-performance. However, under clause (2) of §104 the transactions on financial services combined in a framework contract shall be regarded as a mutual contract in the meaning of §103 and §104. Thus, in case of insolvency grounds the calculation of non-performance claim and the selection of transactions by the insolvency administrator required honoring the single agreement principle in the first place. The said rule encompassed, *inter alia*, precious metals and securities transactions, options and financial transactions affected by exchange rates¹².

The new rule of §104 directly regulated the validity of close-out netting (*Liquidationsnetting*) (Böhm, 2001:172), a contractual practice allowing the parties to financial transactions to terminate their relationship and offset the transaction values subject to the occurrence of insolvency or other event of default evidencing the deterioration of financial status with respect to a counterparty (Rauch, 2017:252). In the German doctrinal sources, the practice may be reduced to two essential stages, such as the termination of financial contracts (*Beendigung*) and the offset (*Verrechnung, Saldierung*) of relevant claims (Casper, 1996:34, Fuchs, 2013:46). The provisions on close-out netting are closely related to insolvency (Casper, 2005:252) and are typically present in master agreements for financial transactions (Wessels, 1997:188, Johnson, 2015:112), however they may also be found in exchange trading rules adopted in organized markets¹³.

Although §104 introduced an insolvency privilege for certain types of financial transactions and secured close-out netting, it did not take into consideration the transfers of financial collateral in the form of cash and securities which is a common feature of contemporary financial markets. Relevant contractual arrangements are commonly used by ISDA¹⁴ and other associations uniting the participants of over-the-counter financial

¹² The non-performance claim should have been calculated based on prices and rates as may have been mutually agreed by the parties themselves, however, on the fifth business day of the insolvency commencement date. In case such agreement between the parties is not in place, the calculation of the non-performance claim should have been carried out using the second business day quotes.

¹³ Levels of Protection associated with the different levels of Segregation. Available at: <https://www.euronext.com/en/media/4538/download>. [Accessed 29th October 2022].

¹⁴ See, e.g., 1995 ISDA Credit Support Annex (Transfer — English Law). Available at: <https://www.isda.org/book/1995-isda-credit-support-annex-english-law/> (date of access — 29.10.2022)

markets¹⁵. As far as German law contractual instruments are concerned, one may refer to an annex to DRV facilitating collateral transfers among German banks between themselves and their clients¹⁶.

Driven by the necessity to broaden the insolvency privilege to include financial collateral arrangements amidst the growth of local financial markets in the 90s (Yeoward & Parsons, 2016:5), the authorities of the European Union adopted Directive No 2002/47/EC (the “Collateral Directive”)¹⁷. The issue required consideration on the EU level as legislation earlier introduced by separate countries varied greatly leading to the legal uncertainties (Chun, 2012:138). Collateral Directive implementation process took several years and ended in 2005 (Lober & Klima, 2006:203) thus setting up a minimal regime of regulating all types of obligations related to currency and securities trading where collateral is involved (Rusen, 2007:250). Being faced with the necessity to implement the Collateral Directive into its domestic legislation, German authorities adopted an amendment to §104 InsO¹⁸.

In essence, §104 InsO enhanced with provisions relating to collateral transfers, was considered an efficient safe harbour and a privilege for derivatives and other financial contracts in insolvency context under German insolvency laws. According to Paech, three methods of insolvency privilege exist in insolvency laws: a carve-out, a reference to the agreement of the parties and, in the case of Germany, the assimilation of netting with set-off in insolvency context (Paech, 2014:431). Ph. Wood came to conclusion that German insolvency law allowed close netting under §104 InsO before the new German insolvency statute came into full force and effect (Wood, 1995:200).

Deutsche DRV

As the insolvency privilege constitutes a reaction to contractual arrangements already exiting in commercial practice, it requires careful consideration of DRV, and standard framework contract in German financial market drafted under the auspices of German Banking Union (GBU). In general, European banking associations are very active in the field of standard documentation development in the interests of their members. For instance, the French Banking Federation authored FBF Master Agreement Relating to Transactions on Forward Financial Instruments (*Convention-Cadre relative aux Opérations de Marché à Terme*)¹⁹. Swiss Framework Agreement for Over-the-counter

¹⁵ FXC 1999 Collateral Annex. Available at: <https://www.newyorkfed.org/fmlg/documentation/collateral.html> [Accessed 29th October 2022]; EMA Margin Maintenance Annex (Title Transfer). Available at: https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2020/06/EMA-Margin-Maintenance-Annex_-2020.pdf. [Accessed 29th October 2022].

¹⁶ Besicherungsanhang. Available at: https://bankenverband.de/media/uploads/2017/09/13/besicherungsanhang-44020_1001_muster.pdf. [Accessed 29th October 2022].

¹⁷ Directive No 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0047>. [Accessed 29th October 2022].

¹⁸ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), Par. 104. Abs. 3. Stand vom 9 April 2004. Available at: <https://www.jurion.de/document/show/1:140031,109,20040409/?from=1%3A7586658%2C0>. [Accessed 29th October 2022].

¹⁹ A new master agreement for the french derivatives market. Available at: <http://www.jonesday.com/a-new-master-agreement-for-the-french-derivatives-market-07-11-2013/>. [Accessed 29th October 2022].

Derivatives (*Schweizer Rahmenvertrag für OTC-Derivate*)²⁰ and Framework Contract for Financial Operations (*Contrato Marco de Operaciones Financieras*)²¹ play the same role on local markets of Spain and Switzerland.

In general, the phenomenon of industry master agreements is a characteristic feature of modern financial markets. The success and universal use of framework contracts prepared, maintained and updated by professional associations uniting the participants of modern financial markets is determined by a number of factors such as cost saving and cost efficiency, risk mitigation, predictability, availability of case law and support in litigation. Established in Koln in 1951, GBU considers itself a successor of Central Association of the German Banking and Financing Industry ("*Centralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes*"), a union having the same function in the pre-war era²². According to the charter of GBU²³, it claims to achieve its aims, inter alia, through interacting with authorities, informing the public about German financial industry, and cooperation with other banking associations.

Even though the by-laws of the association do not mention the development of legal documentation for commercial transactions of its members as an objective of the organization, GBU achieved an undisputable success in that area through the implementation of DRV into daily activities conducted in domestic financial market. Notably, the activities of GBU in this field are not limited to derivatives only — the association published, inter alia, German Agreement for Securities Lending (*Deutscher Rahmenvertrag für Wertpapierdarlehen*), and German Master Agreement for Repurchase Transactions (*Deutscher Rahmenvertrag für Wertpapierpensionsgeschäfte (Repos)*). Thus, it is fair to say that GBU performs the functions of ISDA, International Capital Markets Association²⁴ and International Securities Lending Association²⁵ in the German market considering the peculiarities of German contract and insolvency law and practice.

As for derivatives, the German counterparties initially used a Master Agreement for Swap Transactions published in 1990 (Benzler, 1999: 46), however as it was limited in scope, GBU published the first version of DRV in 1993 and subsequently amended it in 2001²⁶. The latest amendment was promulgated in 2018, i.e., after the publication of FCJ Decision, therefore we shall begin with the 1993 version to shed light on the decision and

²⁰ Schweizer Rahmenvertrag OTC-Derivate. SwissBanking. Available at: https://ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2014/BAU_1_6283478_3.pdf. [Accessed 29th October 2022].

²¹ Contrato marco de operaciones financieras — 2020. Available at: https://www.ceca.es/eng/wp-content/uploads/2021/06/01_Contrato_Marco_2020.docx [Accessed 29th October 2022].

²² Available at: <https://bankenverband.de/service/rahmenvertraege-fuer-finanzgeschaefte/rahmenvertrag-fur-finanztermingeschaefte/>. [Accessed 29th October 2022].

²³The association is responsible for publication of Global Master Repurchase Agreement, an international standard for repo transactions. Available at: https://bankenverband.de/media/publikationen/200811_BDB_Satzung_web_ES.pdf. [Accessed 29th October 2022].

²⁴ The association is responsible for publication of Global Master Repurchase Agreement, an international standard for repo transactions. Available at: https://bankenverband.de/media/publikationen/200811_BDB_Satzung_web_ES.pdf. [Accessed 29th October 2022].

²⁵ The association published a contractual framework instrument for securities lending agreement. Available at: <https://www.islaemea.org/legal-services/>. [Accessed 29th October 2022].

²⁶ [Electronic Resource]. Available at: https://bankenverband.de/media/contracts/RV-FTG-44015_1201_Muster.pdf [Accessed 29th October 2022]. English version of the DRV is also available through GBU website. Available at: https://bankenverband.de/media/uploads/2019/05/15/drv-rv-2001-eng_muster-korr-15-04-2019.pdf [Accessed 29th October 2022].

motivation of the court. As in the case of other master agreements, documenting over-the-counter financial transactions under the DRV leads to reduction of the so-called transaction costs due to the presence of standard provisions universally accepted by the market participants (Fuchs, 2013:42, Böhm, 2001:60).

Many contractual provisions of “standard” or “industry” master netting agreements produced by these trade associations seem to overlap and are “taken for granted” as one could most surely come across them in a contractual template of any financial market association no matter what the applicable law and jurisdiction is. For instance, such provisions may include single agreement clause, representations and warranties, undertakings of the parties, liability and default interest provisions, events of default, the means of transactions execution, collateral clauses, and several others. Not surprisingly, at least in the derivatives domain, the authors of local standard documentation would follow ISDA Master Agreement as an example²⁷.

As shall be proved below, DRV serves a valuable example of an industry master agreement not influenced by English law approaches generally and particularly ISDA documentation. Comprised of 13 sections, DRV 1993/2001 provides a legal framework to an arrangement between a “Counterparty” and a “Bank” emphasizing the purpose to serve the interests of German banks and their clients. 1992²⁸ and 2002²⁹ ISDA Master Agreements refer to the parties as “Party A” and “Party B” thus not limiting its application to relations arising in the banking industry. Comparing DRV to the ISDA Master Agreement, it is worth noting that ISDA is lengthier in terms of volume. Moreover, the differences between the agreements produced by those associations become essential when it comes to the incentives for entering transactions.

Section 1 “Purpose and Scope of the Agreement” DRV 1993/2001 mentions the management of risks arising due to price risks within their commercial activities as a motivation to enter financial transactions. Therefore, DRV 1993/2001 have hedging as a purpose, and this representation also does not align with the approach adopted in ISDA Master Agreements that do not have limitations on the reasons for conclusion of transactions. For instance, 2002 ISDA Master Agreements does not mention the exact purpose of the agreement stating that the parties “have entered and/or anticipate entering into one or more transactions”³⁰. This difference becomes even more important considering the general purposes of dealers in derivatives. Alongside hedging risks associated with

²⁷ The most recent version of Spanish master agreement *Contrato Marco de Operaciones Financieras* (CMOF) published in 2020 largely follows the structure of ISDA documentation *García-Fuertes G. Equity Derivatives in Spain*. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9341cccf-9c86-41af-9728-02683be444fe> [Accessed 29th October 2022]. FBF Master Agreement Relating to Transactions on Forward Financial Instruments. [Accessed 29th October 2022]. Annexes to Swiss directly use the language of ISDA documentation and contains the references to them. Available at: https://ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2014/BAU_1_6283478_3.pdf. [Accessed 29th October 2022]. Russian derivatives master agreement proposed by several industry bodies is also based on ISDA Master Agreement. Available at: [https://content.next.westlaw.com/5-375-8191?_lrTS=20200904190947322&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/5-375-8191?_lrTS=20200904190947322&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). [Accessed 29th October 2022].

²⁸ ISDA Master Agreement. Available at: <https://www.isda.org/book/1992-iswa-master-agreement-multi-currency/>. [Accessed 29th October 2022].

²⁹ Preamble to the 2002 ISDA Master Agreement. Available at: <https://www.isda.org/book/2002-iswa-master-agreement-mylibrary/>. [Accessed 29th October 2022].

³⁰ Preamble to the 2002 ISDA Master Agreement. Available at: <https://www.isda.org/book/2002-iswa-master-agreement-mylibrary/> [Accessed 29th October 2022].

underlying assets, derivatives are used for purely speculative purposes. Legal entities and individuals may take risks to benefit from the moves of underlying assets (speculation or “trading”) and the difference between prices on the same asset in various markets (Reiner, 2002:5).

The objects of financial derivatives transactions under DRV 1993/2001 include (i) the exchange of monetary amounts in various currencies or those calculated by reference to various underlying assets³¹ or (ii) “the delivery or transfer of securities, other financial instruments or precious metals, or the performance of similar obligations”. As a third category of derivatives under DRV, the drafters mention “options, interest rate protection and similar transactions” requiring making “performance on advance” or under a “condition”. Sub-section 1(2) of DRV 1993/2001 contains the single agreement clause which is typical for master agreements in general, including those under English or US law. Section 2 sets out the way transactions under the master agreement are concluded — the parties agree on the terms of the trade, and a party to the trade shall deliver a confirmation of the transaction by electronic means. Although each party may request a signed confirmation of the transaction, absence of such confirmation does not influence its legal validity.

Section 4 of DRV 1993/2001 gives a definition of a banking day, while section 5 sets out an obligation of a bank entering a transaction providing for calculations of interest rates, exchange rates, prices and other variables to notify its non-professional counterparty of the amounts determined under those transactions, as well as fall-back and rounding provisions. Section 6 is devoted to calculation methods under interest rate transactions and contains the definitions of day count fractions and calculation periods. As set in section 10 of DRV 1993/2001, transfer of rights or obligations under the master agreement is subject to consent of the counterparty, and such a consent may be given either by telex, telegraph, facsimile or by other similar means. Miscellaneous provisions of section 11 include severability clause³², governing law³³ and jurisdiction³⁴, as well as application of the new version of the master agreement to previously concluded transactions that are listed in section 11 of the DRV 1993/2001.

Section 12 “Special Provisions” contains clauses applicable to the relations of the parties on the condition that they are explicitly selected in the agreement. Among other things, these provisions contain cross-border provisions related to international transaction such as taxation and the appointment of a process agent. Although international derivatives trading in the over-the-counter market predominantly takes place based on ISDA Master

³¹ Section 1(a) of DRV 1993/2001 provides a non-exclusive list of such assets “Floating or fixed interest rates, exchange rates, prices or any other calculation basis, including average values (indices) relating thereto”.

³² According to section 11(1), the “invalidity of separate DRV provisions does not render the other provisions invalid”. If any provision of the Agreement is void or unenforceable, the remaining provisions shall remain unimpaired. Such deficient provision shall be substituted by a provision which reflects appropriately the parties’ intent”.

³³ According to section 11(2) DRV 1993/2001 is governed by German law. Private international law of the European Union whose contract law is unified based on Rome I Regulation allows the parties of cross-border contracts to choose any applicable law to their contractual arrangements. 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 URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> [Accessed 29th October 2022].

³⁴ The disputes between the parties DRV 1993/2001 are resolved by the court located in the place of residence of the Bank according to section 11(3) of DRV 1993/2001.

Agreement, DRV may also be used for this purpose and the FCJ Decision gives evidence to such contractual arrangement. Section 11(3) sets out the jurisdiction for settling the disputes arising out of or in connection with the agreement. To protect the interests of professional parties to the DRV, the place of dispute resolution is the court at the location of banking counterparty to the German master agreement.

DRV early termination provisions and FCJ Decision

M. Böhm, German researcher of derivatives and netting, mentioned back in 2001 that globalization in international financial markets was expected to grow in the coming years (Böhm, 2001: 19). First and foremost, such globalization resulted in cross-border financial transactions involving counterparties from different jurisdictions. As the FCJ Decision is related to DRV 1993/2001 close-out netting provisions, it makes sense to scrutinize them in a more detailed manner. In general, netting is a very complex instrument as its definition is hard to articulate (Paulus, 2015:542). Much debate has been made over netting with little result (Benjamin, 2007:265).

Although not defining close-out netting itself, principle 2 of UNIDROIT Netting Principles suggests the definition of “close-out netting provision”³⁵. Close-out netting provision is typically present in a master agreement (Böger, 2013: 237), and DRV is a good example of such framework contract. Generally, they contain a governing law clause which is applicable, *inter alia*, to close-out netting procedure (Böger, 2013:237). Generally, international and domestic markets use several types of netting (Benjamin, 2010:800). Close-out netting is limited to a crisis scenario when a party to financial transaction is either insolvent or experiencing significant financial hardship. Two remaining types of netting, payment netting and netting by novation, are invoked in the course of the regular interaction between the parties.

Section 3 (payments and performance of other Obligations) is a crucial element of the DRV since it establishes the two ways for the discharge of obligations under that master agreement. Obviously, the first one is the payment to the account specified by the receiving party on a due date (section 3(2)). The second one (section 3(3)) requires some additional attention since it contains payment netting provisions mechanism which is different from close-out netting. Under DRV whenever both parties are required to make payments in the same currency on the same date, the party owing the lesser amount is entitled to receive the difference between the payments while the obligation of second party to deliver is extinguished completely. This contractual concept is known as payment netting³⁶.

DRV 1993/2001 outlines close-out netting provisions in several sections including sections 7, 8 and 9. In accordance with section 7(1) of the German master agreement, in case of outstanding transactions are present the DRV shall be terminated whenever there is

³⁵ ‘Close-out netting provision’ means a contractual provision on the basis of which, upon the occurrence of an event predefined in the provision in relation to a party to the contract, the obligations owed by the parties to each other that are covered by the provision, whether or not they are at that time due and payable, are automatically or at the choice of one of the parties reduced to or replaced by a single net obligation, whether by way of novation, termination or otherwise, representing the aggregate value of the combined obligations, which is thereupon due and payable by one party to the other.

³⁶ DRV does not encompass the concept of netting by novation, however it is used in the master agreements produced by the Foreign Exchange Committee. See, e.g., Available at: URL: <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/microsites/fmlg/files/icom.pdf> [Accessed 29th October 2022].

a breach of payment obligations or other material reason for termination. The termination is possible once 5 business days after the delivery of the notice on violation of obligations pass. Such notice may be sent via telex, telegraph, fax or in any other form³⁷. This makes a huge difference to other standard master agreements, especially those governed by English law. For example, 2002 ISDA Master Agreement contains a list of events of default and termination events while the drafters of DRV preferred to use general wording without specifying event (other than non-payment or non-delivery) leading to early termination of transactions concluded under the framework agreement.

However, in the case of bankruptcy (*Insolvenzfall*) the way close-out netting is conducted changes as the transactions under DRV 1993/2001 are deemed to be terminated when the relevant insolvency event occurs. In other words, bankruptcy of a counterparty to DRV 1993/2001 leads to automatic termination of transactions, and the delivery of a termination notice is not required. The possibility of terminating transactions in the automatic manner is a universally recognized feature of close-out netting, as it allows the non-defaulting party to avoid insolvency law rules forbidding closing out transactions after the commencement of insolvency proceedings (Böger, 2013:235).

Notably, insolvency event under the DRV 1993/2001 is rather broad — the relevant term includes the filing of an insolvency application, the general inability to pay debts when they are due or any other satiation justifying the commencement of such proceedings. However, if compared to ISDA Master Agreements, one would note that such a description is rather short as ISDA standard contains 6 types of insolvency procedures. Arguably, this difference comes from the desire of DRV 1993/2001 authors to concentrate on domestic imposed insolvency law procedures rather than a wish to follow an international approach embracing insolvency procedures adopted in maximum number of jurisdictions.

Under DRV 1993/2001 section 7(3), upon insolvency or in the event transactions are terminated based on a notice neither party is required to make payments and deliveries under outstanding transactions as they are replaced by the damages claim coming into existence. The damages amount is determined based on replacement transactions (*Erzatsgeschäften*) allowing the solvent counterparty or the counterparty sending the relevant termination notice to receive payments and deliveries as if the obligations under the agreement were not violated and the default did not occur. Such a party may conclude replacement transactions in practice, however, if it chooses not to do so, the calculation may involve the interest rates, indices, currency exchange rates and other data that would have been used in case such transactions were really concluded (section 8(1) of the DRV 1993/2001).

Presumably, the methodology suggested by DRV 1993/2001 should be compared with the one embedded in 1992 ISDA Master Agreement which was published a year before its German analogue appeared. 1992 ISDA Master Agreement³⁸ outlines two ways in which the close-out amount (e.g., the estimate of existing transactions whose

³⁷ Usually, the relevant events include cross-default, default under specified transaction, invalidation and ISDA Master Agreements also provide a list of so-called termination events differing from events of default in terms of their nature and consequences. The drafters of DRV refrained from the said division of close-out netting triggering events putting more trust into the imperative norms of German contract law rather than their English law qualified peers.

³⁸ ISDA Master Agreement. Available at: <https://www.isda.org/book/1992-isda-master-agreement-multi-currency/> [Accessed 29th October 2022].

performance date is yet to occur). The “Loss” method is based on the losses and gains obtained by the party due to termination of transactions while the “Market Quotations” assumes obtaining the quotes from reference dealers, i.e., the leading market makers (Lennon, 2001:85). It is up to the parties’ choice to decide which method is applicable to their contractual relationship (Lennon, 2001:84). However, should they fail to make a choice, Market Quotation applies (Lennon, 2001:84)³⁹.

DRV follows a mixed approach where an attempt to conclude replacement transactions and thus approaching market dealers shall be made, which is close to the Market Quotation approach. However, the non-defaulting party is entitled to refrain from interacting with other market participant and determine the damages itself using various market data. In absence of replacement transactions, the non-defaulting party may base its calculations on “interest rates, forward rates, exchange rates, market prices, indices, and any other calculation basis, as well as costs and expenses, at the time of giving notice or upon becoming aware of the insolvency, as the case may be” (section 8(1) of the 1993/2001). Under the same clause of German master agreement, in case of insolvency the determining party shall consider the data as of the date when it became aware of the insolvency of its counterparty while when terminating transactions on other grounds it shall use the figures available at the date of a termination notice.

These provisions were tested by the highest court of Germany in cross-border context and evaluated in FCJ Decision. According to the case file, the limited liability company located in England, a part of the financial group Lehman Brothers (defendant), entered DRV 1993/2001 with a German limited company liability (*GmbH*) and limited partnership (*Kommanditgesellschaft*) (plaintiffs). On 26 October 2005 the defendant and each of the plaintiffs concluded four option transactions envisaging the right to purchase SAP40 shares from German companies on certain dates at predetermined prices. On 15 September 2008, the directors of the English party applied for introduction of external management (administration) in accordance with English bankruptcy law, which was satisfied in the same day as the defendant was part of the troubled Lehman group.

However, option agreements with an expiration date of 18 December 2009 remained in force and set forth the obligation to deliver 2 million SAP shares at a price of EUR 32.205 per share. Exchange price as of the date of submission of the application for the introduction of external administration was 38.15 euros. The Federal Court of Justice upheld the position of the lower Court of Appeal in respect of the defendant's right to receive compensation equal to the market value of the options. However, the judges of the highest court in Germany noted that this right does not arise based on the provisions of the DRV but follows from §104 InsO directly. Accordingly, the price of shares relevant for determination of close-out amount shall be 17 September 2008 (that is, on the second business day after the introduction of insolvency proceedings) and not the share price as of 15 September 2008, which is the insolvency application filing date. In other words, the

³⁹ In 2002 ISDA Master Agreement the association updated the methodology for determining the amount payable by a party in case of default and introduced a unified approach to close-out netting. To allow the parties to 1992 ISDA Master Agreement ISDA published a special protocol that brings its provisions in compliance with a more recent methodology. Available at: <https://www.isda.org/traditional-protocol/isda-close-out-amount-protocol/> [Accessed 29th October 2022].

⁴⁰ SAP SE is a multinational software company based in Germany. Available at: <https://www.sap.com/about/company/what-is-sap.html> [Accessed 29th October 2022].

court determined that the law governing termination of transactions under the DRV is the law chosen by the parties in the agreement, and its imperative rules should be override DRV contractual provisions⁴¹.

Conclusion

Although FCJ Decision did not make close-out netting unenforceable per se, it dealt with the ability of the parties to set out the moment for the valuation of mutual obligations. As the efficiency of insolvency privilege for derivatives is of great importance, the reaction of German authorities to the controversial ruling was rather prompt. German Federal Financial Supervisory Authority (*Bundesanstalt für Finanzaufsicht*) adopted a decree providing the treatment of netting arrangements under article 295 of Regulation (EU) No. 575/2013 to minimize the impact of FCJ Decision on the regulatory capital of credit institutions. Subsequently, the third edition of §104 InsO, which entered into force on 10 June 2016, allowed to adjust the German insolvency law privilege to the best practices set out in international instruments such as UNIDROIT Netting Principles.

References / Список литературы

- Benjamin, J. (2007) *Financial law*. Oxford, Oxford University Press.
- Benjamin, J. (2010) The narratives of financial law. *Oxford journal of legal studies*. 30(4), 787—814.
- Benzler, M. (1999) *Nettingvereinbarungen im Auserborglichen derivatehandel*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. (in German).
- Böger, O. (2013) Close-out netting provisions in private international law and international insolvency law (Part I). *Uniform Law Review*. 18(2), 232—261. <https://doi.org/10.1093/ulr/unt014>.
- Böhm, M. (2001) *Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen*. Berlin, Duncker & Humblot. (in German).
- Fuchs, F. (2013) *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der systemgefahr im außerbörslichen derivatehandel*. Berlin, Mohr Siebeck. (in German).
- Johnson, V.R. (2015). International financial law: the case against close-out netting. *Boston university international law journal*. 33(2), 101—125.
- Köbler, G. (2016) *Juristisches Wörterbuch Für Studium und Ausbildung*. Wahlen Jura, 16 Auflage. (in German).
- Lennon, A. (2001) Early termination payments under the 1992 ISDA Master Agreement. *Journal of International Banking Law*. 16(3), 84—92.
- 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.
- Lubben, S. (2010) Derivatives and bankruptcy: the flawed case for special treatment. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. (12), 61—78.
- Mantysaari, P. (1995) *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law: Vol. II: Contracts in General*. Berlin, Springer.

⁴¹ Although the court ruling in question does not influence master agreements for derivatives governed by the law other than German, international law firms published legal alerts on the subject. Available at: <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/alert-memos/alert-memo-pdf-version-201658.pdf> [Accessed 29th October 2022]. Available at: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/bafin-reduces-risks-under-bgh-judgment-on-netting-agreements> [Accessed 29th October 2022]. Available at: <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck0azids9nsg80b33o3o4xfk2/10-german-federal-supreme-court-verdict> [Accessed 29th October 2022].

- Molyneux, Ph., & Valdez, S. (2010) *An Introduction to global financial markets*. 6th ed. Palgrave Macmillan, Chippingham and Eastbourne.
- Paech, P. (2014) Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of corporate law studies*. 14(2), 419—452.
- Paech, P. (2016) The value of financial market insolvency safe harbors. *Oxford journal of legal studies*. 36(4), 855—884.
- 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), 531—553. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2014-0531>
- Rauch, S. (2017) *Close-out netting fur finanzinstrumenten*. Baden-Baden, Nomos. (in German).
- Reiner, G. (2002) *Derivative finanzinstrumente im Recht*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. (in German).
- 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.
- Wessels, B. (1997) Close-out netting in the Netherlands. *Journal of international banking law*. 12(5), 187—194.
- Wood, Ph. (1995) *Title financial, derivatives, securitizations and netting. Law and practice of international finance*. London, Sweet and Maxwell.
- 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.

About the author:

Aleksey P. Klementyev — senior lecturer, School of Legal Regulation of Business, 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

Сведения об авторе:

Клементьев Алексей Петрович — старший преподаватель, 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



PROCEEDING LAW

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-468-480>
EDN: DSOMQQ

Research Article / Научная статья

The application of artificial intelligence in the civil proceedings of the People's Republic of China: theoretical and legal analysis

Ekaterina P. Ruskova  

RUDN University, *Moscow, Russian Federation*
 rusakova-ep@rudn.ru

Abstract. The subject of the research of this article is the social relations arising in the process of integrating artificial intelligence technologies into the judicial proceedings of the People's Republic of China (PRC). The article discusses the legal framework governing this process, as well as the theoretical and legal analysis of the phenomenon of artificial intelligence in the new legal reality. Special attention is paid to the value and essential characteristics of artificial intelligence in justice, its types and components from the standpoint of the methodology of law. Moreover, the objectives, principles, scope and system of the use of artificial intelligence in legal proceedings, as well as measures of state support for this process are analyzed. The research shows that the process of introducing artificial intelligence into legal proceedings is complex and requires serious legal understanding of these technologies in the context of justice administration. The author draws conclusions concerning effectiveness and pragmatism of the process of integrating artificial intelligence into the judicial system of the People's Republic of China. However, a fully automated process of justice in the courts of the People's Republic of China can lead to extremely negative consequences for the judicial system, which may cause distrust to the judicial method of protecting rights and reduce society's commitment to basic socialist values and customs.

Key words: artificial intelligence, PRC, principles, self-executing code, justice, nanoanalysis

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. The study is funded by the grant of the Russian Science Foundation No. 23-28-00157, <https://rscf.ru/project/23-28-00157/>

© Ruskova E.P., 2023



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

Article received 10th March 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Rusakova, E.P. (2023) The application of artificial intelligence in the civil proceedings of the People's Republic of China: theoretical and legal analysis. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 468—480. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-468-480>

Применение искусственного интеллекта в судопроизводстве Китайской Народной Республики: теоретико-правовой анализ

Е.П. Русакова  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация

 rusakova-ep@rudn.ru

Аннотация. Предметом исследования являются общественные отношения, возникающие в процессе интегрирования технологий искусственного интеллекта в судопроизводство Китайской Народной Республики (КНР). Рассматривается правовая основа, регламентирующая данный процесс, а также осуществляется теоретико-правовой анализ феномена искусственного интеллекта в новой правовой реальности. Особое внимание уделено исследованию ценностных и существенных характеристик искусственного интеллекта в правосудии, его видам и составляющим с позиции методологии права. Кроме того, проанализированы цели, принципы, сфера и система применения искусственного интеллекта в судопроизводстве, а также меры государственной поддержки данного процесса. В ходе исследования доказано, что процесс внедрения искусственного интеллекта в судопроизводство является сложным и требует серьезного правового осмысления данных технологий в контексте осуществления правосудия. Автором сделаны выводы об эффективности и прагматичности процесса интегрирования искусственного интеллекта в судебную систему КНР. Однако полностью автоматизированный процесс осуществления правосудия в судах КНР может привести к крайне негативным последствиям для судебной системы, что повлечет недоверие граждан к судебному способу защиты прав и снижению приверженности общества к основным социалистическим ценностям и обычаям.

Ключевые слова: искусственный интеллект, КНР, принципы, самоисполняемый код, правосудие, наноанализ

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-28-00157, <https://rscf.ru/project/23-28-00157/>

Дата поступления в редакцию: 10 марта 2023 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Rusakova E.P. The application of artificial intelligence in the civil proceedings of the PRC: theoretical and legal analysis // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 468—480. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-468-480>

Introduction

Currently, China is implementing the adopted state programs related to the intensive introduction of artificial intelligence into the main spheres of society. Thus, the concept of the “National Informatization Development Strategy 2006—2020” and the National

Informatization Plan of the “13th Five-year Plan” became the impetus for establishing Internet courts in 2016; this allowed China to become a world leader in the process of creating digital justice.

It should be noted that the process of informatization of judicial proceedings requires deep understanding both from the point of view of the value characteristics of justice and the legal component of this process. We must not forget that the result of the trial is establishing justice; therefore, integrated artificial intelligence should contribute to achieving this result. But here arises the question of whether the necessary level of technological development has been achieved to promote the artificial intelligence industry in China.

The role of the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China in the process of integrating artificial intelligence into legal proceedings

The programs adopted at the state level to achieve economic and social goals until 2035, as well as the Plan for the Development of a new generation of artificial intelligence, suggest a deeper integration of artificial intelligence technologies into these processes, including the judicial system of China. Despite transformation of the entire judicial system into a digital one and establishing the Internet courts, one of the goals of the development of digital justice in China is to increase the level of integration of artificial intelligence. In order to achieve its objectives, the Supreme People’s Court of China published in early December 2022 “Opinions on Regulating and Strengthening the Application of Artificial Intelligence in the Judicial Fields”, which sets out the general goals, principles, scope, system of application of artificial intelligence and measures of state support for this process¹.

Thus, the main goals that all people’s courts should follow are ensuring the rule of law and impartiality of the judiciary to achieve people’s justice. These goals can be realized only if artificial intelligence is further deeply integrated into all judicial processes.

By 2025, people’s courts shall improve the functional system for the application of artificial intelligence in judicial activity, and by 2030 create an application and theoretical system for the use of artificial intelligence in the judicial sphere supported by model rules and demonstration effects to provide intellectual maintenance for the entire process. The final results of this process will be reducing administrative workload of judges and fighting corruption.

Due to the lack in the procedural legislation of China of regulatory norms of the process of integrating artificial intelligence into the sphere of justice, the act establishes fundamental principles on which it shall be based, namely:

— the principle of security and legality implies the development of a holistic approach to ensuring national security, prohibiting the illegal use of any technologies and artificial intelligence products. The introduction of artificial intelligence into judicial activity shall be carried out legally in strict accordance with national security and legitimate interests of the nation. Artificial intelligence technologies shall ensure the protection of state secrets,

¹ The Supreme People’s Court the Opinions on Regulating and Strengthening the Applications of Artificial Intelligence in the Judicial Fields (2022). Available at: <https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/the-supreme-people-s-court-the-opinions-on-regulating-and-strengthening-the-applications-of-artificial-intelligence-in-the-judicial-field-20221208> [Accessed 04th February 2023].

network, information, personal security for harmonious and effective interaction of users of intelligent judicial services.

— the principle of fairness and justice means strict adherence to the fundamental rules of judicial procedure, observance of judicial justice, lack of discrimination in technologies and actions of artificial intelligence. Intelligent judicial services shall provide equal opportunities to all groups of users, regardless of circumstances.

— the principle of supporting adjudication assumes that artificial intelligence technologies shall provide an auxiliary function in the work of judges when making decisions; however, this principle does not imply making a decision by artificial intelligence. All responsibility for the decision lies with the judge, so they may choose between applying these technologies in their activities or not.

— the principle of transparency and credibility is designed to ensure transparency in the development, application, and service operation of artificial intelligence technologies in all parts of the judicial system and at all stages of the procedure, including collection and management of judicial data, using methods of legal cognitive semantics and logic of legal presumptions, ensuring verifiability, interpretability, tracking, evaluation and applications registration.

— the principle of abiding by public order and customs implies integration of basic socialist values and customs into the process of developing artificial intelligence technologies. Public order and interests shall be a priority for developers along with preservation of public morals and ethics. In any case, developers shall create a special mechanism for preventing and eliminating violations in the process of using artificial intelligence in judicial activities (Ermakova & Frolova, 2022).

Despite the consolidation of these principles, it should be noted that integration of artificial intelligence into the judicial system is not a recommendation, but an obligation; the entire judicial apparatus must support such innovations. This is done primarily to ensure that the created computer applications are utilized in the process of verifying judicial evidence, law enforcement activities, and making judicial decisions to achieve judicial uniformity and promote fairness and protection by the judiciary.

The administration of judicial activities should also be carried out with the help of artificial intelligence technologies in order to relieve the workload of judicial personnel (Yastrebov, 2021). Functions such as classification and categorization of electronic files, scanning of case information, automatic distribution of complex and simple cases, automatic search for addresses and other types of communication, creation of court records, search and confiscation of debtors' property, automatic case management should be carried out using artificial intelligence in order to increase the effectiveness of litigation in protecting rights (Gronic, 2022).

Automation of judicial processes of people's courts shall prevent violation of the judicial procedure and execution of court decisions, including the risks associated with judicial corruption. Artificial intelligence technologies shall diversify dispute resolution and social management. Artificial intelligence shall be actively used in the process of consulting and making recommendations on litigation and mediation procedures, predicting lawsuits, and making court decisions in order to develop new methods of dispute resolution (Bashilov & Berman, 2022).

The expansion of the scope of artificial intelligence shall take place simultaneously with the reform of China's judicial system. People's courts should combine technological innovations and artificial intelligence with the practice of judicial reform.

The main work in this process will be carried out by the Supreme People's Court of the People's Republic of China. According to the Plan for Information Construction at the People's courts, it is planned to build and improve the structure of the "Smart Artificial Intelligence and Court Information System" and its technical standard. Special attention shall be paid to the mechanism of information security, operation and maintenance of the artificial intelligence system at all levels of the judicial system (Rusakova, & Frolova, 2022).

Intellectualization of legal proceedings in China

The introduction of artificial intelligence into judicial activity is supposed to be carried out through creating special information centers in courts and equipping them with special databases, digital and blockchain platforms. People's courts shall pay special attention to improving the performance of the artificial intelligence application system by integrating artificial intelligence application systems, including the court information centers, intelligent services, including in the decision-making process and law enforcement activities. Introduction of various innovative technologies into the activities of people's courts is a necessary response in a rapidly changing world.

The process of creating and searching for the appropriate models of artificial intelligence application shall be carried out only in collaboration with leading research centers, academies and laboratories as part of implementation of significant national projects, research programs and technological innovation platforms. The main emphasis in this work shall be given to the study of language models used in legal activities, processing of judicial data to create data-driven and knowledge-oriented neural networks, to achieve effective human-computer interaction, thereby promoting the idea of creating a judicial system based on artificial intelligence technologies.

However, in order to implement such tasks, it is necessary to provide computing, communication and service capacities, therefore, people's courts shall plan and build information infrastructure in accordance with the needs of artificial intelligence technologies. Thus, computing storages, terminal equipment and special information tools shall be created.

In addition, there are also technical concerns, since the current artificial intelligence has not yet reached the required level; there are technical risks of its use in the process of making a court decision. Artificial intelligence consists of three elements: data, computing power and algorithm; the main difficulties arise in data and algorithms (Vlasenko, 2021).

According to Chinese scientist Zhen Xi, there are four main obstacles to apply artificial intelligence in the judicial decision-making process in China: insufficient legal data (most judicial acts are not available on the Internet); legal data may not match reality (public condemnation may not correspond to the actual reason for conviction); legal data may not be objective, since each judge has their own opinion and view on the same issue; the legal data structure does not correspond to legal terms, which complicates the work of artificial intelligence. From the point of view of the algorithm, the problems are mainly reflected in two matters; one is the low technical level of the algorithm, and the other is closeness and secrecy of the algorithm.

It is assumed that the competent construction of infrastructure will strengthen the security of the Internet and data, additionally protect personal information and improve the work of judicial applications.

The deep integration of artificial intelligence into the process of justice and ensuring the impartiality of judges shall be based on the model of building smart courts, and additional efforts shall be aimed at attracting financial support, strengthening advertising and training of the entire judicial corps to apply further breakthrough solutions in the field of artificial intelligence.

Special attention is planned to be paid to challenges related to the protection of intellectual property rights, especially patent applications in the field of artificial intelligence and registration of copyrights for software. People's courts shall improve the quality of judicial data exchange, as well as fully use and develop systems of interdepartmental, inter-level and inter-service interaction.

In addition to improving the mechanisms of judicial data security and reducing cybersecurity risks, a Judicial Artificial Intelligence Ethics Council will be created, which will carry out ethical checks, compliance checks and security assessments in judicial artificial intelligence applications.

It is planned to achieve a complete transition of the entire judicial process to artificial intelligence technologies by 2030, however, while we are not talking about making a court decision by artificial intelligence, this shall be the prerogative of the judge. Although in the process of judicial supervision and management, the main role is assigned to artificial intelligence.

In his work “Academic Reflections on the judicial system of artificial intelligence”, Qin Han expresses the opinion that the use of artificial intelligence in judicial activity is more suitable for countries with a precedent system of law, especially with regard to adjudication. For many other countries, including China, it will be a choice between procedural and real value. Another innovation related to artificial intelligence in the work of judges also raises certain concerns. This is the system that allows to determine the duration of court proceedings and their type; it also notifies about deviations in the work of the judge. In fact, these may be interpreted as violation of the judge's right to independence in the process of justice (Qin Han, 2021:115). Many scientists express their concern regarding the tandem of artificial intelligence and the judiciary; they highlight the following problems: determining the source of data that may be initially contaminated and the data format (e.g., the ability to use legal language while defining a strategy).

Ways to overcome the “judicial explosion” in China

One of the reasons for deep collaboration of artificial intelligence and judicial system is a sharp surge in court cases, the so-called “judicial explosion”. This phenomenon is typical not only for China, but also for most countries of the world; so courts must change the traditional system of hearing cases and types of litigation, introducing artificial intelligence technology to help judges quickly and accurately decide cases and resolve disputes.

According to the statistics of the Supreme People's Court of the People's Republic of China, more than 90 thousand mediation institutions and more than 350 thousand intermediaries have joined the platform designed to assist litigants in disputes that are related to Internet. Moreover, more than 11.43 million online lawsuits were filed in 2021 alone².

² Chinese courts must implement AI system by 2025. Available at: https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2022-12/12/c_593.htm [Accessed 14th January 2023].

According to Xi Zheng, there are also other challenges associated with exercising procedural rights in court. Active introduction of artificial intelligence in the decision-making process can make it as formalized as possible, since the technology will proceed from the provisions of laws and the volume of decisions that have already been digitized into the system but not from the real state of affairs, presented by the parties. Moreover, a new phenomenon may be related to the judicial protection of exclusively public interests ignoring the rights and legitimate interests of citizens and business entities, thereby the judge may turn not into an independent arbitrator, but into a person who simply announces the decision made by artificial intelligence in a court session (Xi Zheng, 2020).

Currently, society is divided by the level of mastering the computer technologies and the possibility of using them in everyday life, so such an important principle as the right to judicial protection may become a luxury for unprotected segments of the population. Therefore, implementation of the concept of establishing digital justice in the judicial system of China shall be carried out gradually.

Serious concerns are also caused by the very trust of citizens in the judicial system; this may be explained by the fact that judicial practice is replete with contradictory court decisions in similar cases.

Zhao Yang, in his work “Judicial Trust and its Promotion in the Era of Artificial Intelligence”, expresses the opinion that with the deep integration of artificial intelligence technology into the judicial system, trust in judiciary has rather increased. This was achieved by limiting judicial arbitrariness, overcoming judicial uncertainty through comprehensive analysis and inductive reasoning, and increasing efficiency of the judicial system in general. Zhao Yang stresses the importance of establishing certain psychological contact between the judge and the parties to the dispute, which, in practice, is difficult to achieve. With artificial intelligence this problem may be solved by developing system technologies to envelope the right balance of human factors in the trial³.

The psychological aspect plays an important role in shaping public opinion concerning the judicial system; however, it is essential to identify the problem in terms of integrating artificial intelligence into the judicial process with limited emotional assessment of events. It also means limited judicial discretion by a machine algorithm.

In view of the above, a new phenomenon has appeared in judicial practice. It is the situation when a court decision is made jointly by a judge and artificial intelligence; such justice can be defined as mixed. Such decision-making procedure seems the most effective for China’s judicial practice.

According to Zhao Yang, artificial intelligence will overcome judicial uncertainty through comprehensive analysis of a large amount of data, since it is often difficult for a judge to objectively make a court decision due to the lack of individual experience, limited cognitive abilities and personal biases. The big data analysis may provide judges with all available information on the selected parameters.

Shen Zhai in his work “Functions and limitations of judicial artificial intelligence from the point of view of case justice” identified a number of issues related to the process of proving in court. He looks at situations when a judge needs to determine the relevance and admissibility of certain facts among the huge amount of presented evidence, as well as give them a legal assessment. In the process of proving, a new phenomenon has now

³ Zhao Yang (2021) Judicial Trust and its Promotion in the Age of Artificial Intelligence. Journal of East China University of Political Science and Law. China Academic Journal Electronic Publishing House, No. 4, 73—82.

appeared, “nanoanalysis of evidence”, which is carried out by artificial intelligence processing evidence and helping judges to give it a more objective and definite assessment⁴.

It should be noted that by the beginning of 2022, nine blockchain-based electronic evidence platforms began to operate in people’s courts in China. They also include three platforms created by Internet courts (Beijing Internet Court “Tianping Chain”, electronic evidence platform, Hangzhou Internet Court “Judicial Blockchain”, Guangzhou Internet Court “Netcom Legal Chain”), two platforms created by the Supreme People’s Courts (Electronic Evidence Platform of the Supreme People’s Court of the Province Jilin, the Electronic Evidence Platform of the Shandong Province Supreme People’s Court), the Intermediate People’s Court has also created one of the platforms (Zhengzhou Intermediate Court Electronic Evidence Platform of the People’s Court) and three platforms, created by lower courts (Electronic Evidence Platform of Chengdu Pidu County People’s Court, Electronic Evidence Platform of Jiangsu Shuyang County People’s Court, Electronic Evidence Platform of Hefei Shushan District People’s Court) (Han Kang, 2021) .

Blockchain depository technology plays a unique role in ensuring the authenticity, relevance and legitimacy of evidence, which occurs through decentralization and hash verification; therefore, the new reality of digital justice allows to expect high-quality and affordable legal proceedings (Solovyev, 2022; Solovyev, 2021).

The integration of modern information and telecommunication means into the judicial process contributes to citizens’ trust in protecting rights in court. In fact, Chinese population has also other opportunities to enjoy judicial protection. However, strengthening of judicial trust of citizens is gradually taking place due to introduction of various technologies into the judicial procedure. Hence, it is important to carry out a continuous process of improving not only the judicial system, but also various technological means that instead of complicating the process of obtaining judicial protection, will simplify it, make it more understandable and predictable. The judicial and technological trust of citizens has become more complex due to two inseparable aspects: court and technology; therefore, the state must ensure a balance of interests of all participants in the judicial process both in terms of obtaining judicial protection and using information and telecommunication technical means.

Thus, we can talk about the emergence of judicial and technical trust of the population, where the dominant role is played by artificial intelligence fulfilling the task of assistant in building communication between the judge and the participants in the trial.

Citizens’ trust in the judicial system has been enhanced due to the integration of various technologies into the process, where parties can calculate all the risks before filing an application to the court, as well as calculate the likely outcome of the trial against previously adopted court decisions on similar cases. Uniformity of judicial practice is also achieved through various technologies by a judge in the process of making a court decision, for example, through selecting and analyzing court decisions in similar cases.

Scientists in China have expressed concern that such uniformity may grow into supervision over the judges’ activities. Any discrepancy with earlier judgements may lead to the responsibility of the judge for their decision on the case. On the other hand, China’s judicial practice has revealed high-profile court decisions that contradict all existing legal norms. There is an opinion that inclusion of various automated systems related to the selection of judicial decisions in the activities of judges may prevent such deviations. For

⁴ Shen Zhai (2019). Functions and limitations of judicial artificial intelligence from the point of view of case justice. *Journal of Jinan University (social Science Edition)*, No. 4.

this end, it is necessary to ensure information exchange between all the elements of the judicial system, as well as interdepartmental interaction on a single digital platform. A single digital space allows for a fast, accurate and predictable search for information in judicial activities throughout China.

Even the simplest functions of artificial intelligence, for example, transcription, translation of audio material into written text, have significantly reduced the time of judges to prepare protocols, transcripts of court sessions and formation of electronic court case. In the past, such work, including preparation of the documents, took a lot of time from judges and their assistants, as well as representatives of the parties who had to get acquainted with them, check and sign, and only then the documents were attached to the case record.

In the development of various artificial intelligence technologies, the leading role is played by the joint, coordinated work of representatives of the judicial community, representatives of IT companies and various government agencies, which makes it possible to give an adequate response to digital challenges facing society.

The Evidence company has developed targeted guidelines on standards of proof and rules of evidence presentation to achieve unity of the proof process. The improvement of machine learning capabilities for intellectual verification of evidence should ensure complete and accurate processing of case materials.

System 206, developed by the Shanghai Supreme People's Court, performs phonetic and verbal conversion into written form throughout the trial, and automatically selects necessary case materials from pre-stored evidence in accordance with the language instructions of judges, prosecutors, and defense counselors, in real time⁵.

The system made it possible to completely opt out of the paper media, which significantly increased the trial efficiency. The intellectual system is based on a deep neural network that allows the judge to provide the full range of necessary services for decision making: the selection of previous court decisions in similar cases, legislative acts regulating both the procedure for resolving a dispute and its substance, doctrinal sources, and other information. While investigating the use of artificial intelligence in Chinese justice, Zuo Weimin identified a number of problems. Among them he noted the insufficient level of artificial intelligence development which cannot fully replace a human being with their beliefs, views, and judgments.

Artificial intelligence technologies cannot understand phrases in complex situations, since identification of semantic laws in different language environments is not yet subject to machine algorithms; it cannot identify and understand complex circumstances in a case either. AI knowledge of grammar rules alone is not enough in judicial activity, since to make a conclusion, it is necessary to use a huge arsenal of knowledge in various fields that cannot be completely transformed into computer content.

Thus, when testing artificial intelligence for natural linguistic diversity, the ambiguity of some words and phrases became obvious serious obstacles to identifying legal facts and circumstances of the case in the sentencing process.

The difficulties arising in the process of using smart technologies in legal proceedings have revealed a number of conceptual problems between the definition of the value of justice and the value of efficiency, therefore it is very important to find a value balance without violating the main task of justice —protection of rights and legitimate interests of

⁵ Zuo Weimin (2020) From Generalization to Specialization: Reflections on the Use of Artificial Intelligence in Chinese Justice. *Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences Edition)*, Issue 4, 101—110.

citizens and business entities. On the other hand, there are cases when justice will depend on the effectiveness of judicial proceedings or, as for example, in case of “deferred justice”, it is impossible to talk about justice at all.

Another problem is related to the emergence of smart contracts based on self-executing code that automatically implements the terms of the agreement concluded between the parties; this helps prevent disputes (Zakharkina & Kuznetsova, 2021). However, if the self-executing code is created by a person who can abuse the right and prescribe unfavorable conditions for one of the parties, we can talk about the possible monopolization of dispute resolution methods. Moreover, there are disputes related to crypto assets, smart contracts, fintech applications that require legislative certainty in their resolution and ensuring protection of the rights of the parties.

More attention should also be paid to ensuring equality of the parties in the process of using artificial intelligence technologies and achieving procedural justice. The latter, according to Chinese scientists, may be achieved only by limiting state power and guaranteeing the protection of citizens’ rights in the judicial process.

In China, traditional judicial process management manifests itself in the form of visual code rules, and all information concerning judicial actions committed by participants in court process is updated in real time on the digital platform of the court.

This is achieved by creating an account for each participant on the digital platform of the court, so information about the case will be displayed in real time on the court’s web page; it involves information concerning whether an application has been filed, when the case will be heard, whether the proceedings on the case have been terminated or an appeal has been filed.

System 206, integrated into the work of the Shanghai People’s Court, allows to record the entire process of considering a case, making the trial fully automated and intelligent and contributing to fair justice.

The automated system allows the chairman of the court to monitor the judicial decisions of all the judges of the court, and to analyze their correctness against previous decisions made in similar cases⁶.

Wei Bin, lecturer of Guanghua Law School of Zhejiang University, highlighted a new milestone in the development of artificial intelligence in the judicial system, characterized by a new feature — productivity. The AI integration into judicial reform is expected to solve the problem areas and difficulties of functioning of the judicial system by developing intelligent applications that comply with legal provisions and create systems focused on court personnel. Moreover, the automated system allows citizens to monitor the judicial process online and prevent erroneous decisions and judicial arbitrariness⁷.

Artificial intelligence provides for various computational models to help users perform tasks such as identifying, constructing, comparing and evaluating legal arguments, as well as determining the most similar type of legal proceedings.

Legal hermeneutics, the theory of legal argumentation and legal logic, are important components of judicial artificial intelligence, which are used in the process of searching for applicable law and rules.

⁶ Wei Bin (Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China). Challenges and Ways of Integrating Forensic AI into Judicial Reform. *Modern Legal Science*, May 2021, Vol. 43, Issue 3.

⁷ Wei Bin. Challenges and Ways of Integrating Forensic AI into Judicial Reform, *Modern Legal Science*, May 2021, Vol. 43, Issue 3, 3—23.

From the standpoint of legal methodology, the AI integration into the judicial system is aimed at improving the quality and effectiveness of tasks implementation during the judicial reform (Kudryavtseva, 2021). The AI integration into legal proceedings should make justice the main judicial value.

Conclusion

The conducted theoretical and legal analysis of the process of integrating artificial intelligence into legal proceedings allows to highlight both the positive features of this process and the negative aspects. Increasing complexity of public relations due to introduction of various technologies has set a number of tasks related to ensuring and guaranteeing their protection.

The change in the legal paradigm has had an impact on the process of justice in the PRC. Judicial artificial intelligence, based on legal hermeneutics, theory of legal argumentation and legal logic, will inevitably increase its efficiency, quality and value of the judicial protection of violated rights.

AI integration into legal proceedings highlights the problem of finding a value balance between the value of efficiency and justice, preserving the judicial and technological trust of citizens, observing public order and customs, and maintaining public morality and ethics.

An automated judicial process may lead to total supervision of the activities of judges and violation of the fundamental principles of justice; judicial discretion may be replaced by machine.

References / Список литературы

- Bashilov, B.I. & Berman, A.M. (2022) Procedural documents in the era of new technologies: how legal design has changed the legal world. *Smart Innovation, Systems and Technologies*. (288), 261—270. https://doi.org/10.1007/978-981-16-9808-8_28
- Ermakova, E.P. & Frolova, E.E. (2022) Using Artificial Intelligence in Dispute Resolution. *Smart Innovation, Systems and Technologies*. (254), 131—142. https://doi.org/10.1007/978-981-16-4621-8_11
- Frolova, E.E. (2020) Innovative tools and new financial institutions in the field of “green” financing. *Eurasian Law Journal*. 12(151), 33—37.
Фролова Е.Е. Инновационные инструменты и новые финансовые институты в сфере «зеленого» финансирования // Евразийский юридический журнал. 2020. № 12(151). С. 33—37.
- Gronic, I.A. (2022) On some aspects of case management in electronic courts of Indonesia. *Smart Innovation, Systems and Technologies*. (288), 193—199. https://doi.org/10.1007/978-981-16-9808-8_21
- Han Kang. (2021) On the mode of blockchain deposit: a comparison between “third-party deposit” and “self-deposit”. *Academic Exploration*. (10), 47—54. (in Chinese).
韩康. (2021) 论区块链存证的模式——“第三方存证”与“自主存证”之比. 学术探索. (10), 47—54. Available at: https://kns.cnki.net/kcms/detail/detail.aspx?dbcode=CJFD&dbname=CJFDLAST2021&filename=YXST202110006&uniplatform=NZKPT&v=poGyUzdQ1-Bjyk J_t2nCzB1102rpm_0op61DUozxCtJ4cb9iXxr59oGI-YI4uXwJ [Accessed 05th October 2022].
- Kudryavtseva, E.V. (2021) Look from the past and present at the future of civil procedural legislation. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. (9), 10—13. (in Russian).
Кудрявцева Е.В. Взгляд из прошлого и настоящего в будущее гражданского процессуального законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2021. № 9. С. 10—13.

- Qin, Han. (2021) Academic reflection on artificial intelligence judicial system. *Northern Law*. (03), 115—129. <https://doi.org/10.13893/j.cnki.bffx.2021.03.010> (in China).
秦汉. (2021) 人工智能司法裁判系统的学理反思. *北方法学*. (03), 115—129. <https://doi.org/10.13893/j.cnki.bffx.2021.03.010>
- Rusakova, E.P. & Frolova, E.E. (2022) Procedural Standards for Civil Proceedings in China's Internet Courts. *Smart Innovation, Systems and Technologies*. (288), 187—192. https://doi.org/10.1007/978-981-16-9808-8_20
- Shen, Zhai. (2019) Functions and limitations of judicial artificial intelligence from the point of view of case justice. *Journal of University of Jinan (Science and Technology)*. (4), 115—129. (in China).
申翟. 從案件司法看司法人工智能的作用與局限 // 濟南大學學報 (自然科學版). 2019. № 4. С. 115—129.
- Shuai, Yina. (2020) The practical possibility and essential limitation of artificial intelligence assisted judicial adjudication. *East China university of political science and law*. (4), 101—110. (in China).
帥伊娜. 人工智能輔助司法審判的現實可能性與本質局限 // 華東政法大學. 2020. № 4. С. 101—110.
- Solovyev, A.A. (2022) Digital technologies in legal proceedings: foreign experience. *Moscow District Commercial Court Bulletin*. (3), 71—76. <https://doi.org/10.46279/ASMO.2022.92.43.004> (in Russian).
Соловьев А.А. Цифровые технологии в судопроизводстве: зарубежный опыт // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2022. № 3. С. 71—76. <https://doi.org/10.46279/ASMO.2022.92.43.004> (in Russian).
- Solovyev, A.A. (2021) International approaches towards the doctrine of legal certainty in court procedure. *Law and State: The theory and practice*. 8(200), 127—131. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2021_8_127 (in Russian).
Соловьев А.А. Зарубежные подходы к доктрине правовой определенности в судопроизводстве // Право и государство: теория и практика. 2021. № 8(200). С. 127—131. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2021_8_127
- Vlasenko, N.A. (2021) Anti-innovation trends in modern legal science. *Juridical techniques*. (15), 48—57. (in Russian).
Власенко Н.А. Антиинновационные тенденции в современной юридической науке // Юридическая техника. 2021. № 15. С. 48—57.
- Wei, Bin. (2021) Juridical Reflection on Smart Justice and the Responses. *Politics and Law*. (8), 111—125. (in China).
魏斌. 智慧司法的法理反思与应对 // 政治与法律. 2021年第8期. С. 111—125.
- Xi, Zheng (2020) Application and Regulation of Artificial Intelligence in Trials. *Peking University Law Journal*. 32(3), 674—696. (in Chinese).
郑曦 (2020) 人工智能技术在司法裁判中的运用及规制. *中外法学*. 32(3), 674—696. (in China).
- Yastrebov, O.A. (2021) Artificial intelligence in the legal space: discussion and development prospects. In: Blazheev, V.V. & Egorova, M.A. (eds.). *Transformation of models of legal regulation of objects of innovation infrastructure in modern law: Russian and foreign experience: monograph*. Moscow, Prospekt Publ. pp. 278—309. (in Russian).
Ястребов О.А. Искусственный интеллект в правовом пространстве: дискуссия и перспективы развития // Трансформация моделей правового регулирования объектов инновационной инфраструктуры в современном праве: российский и зарубежный опыт: монография. М.: Проспект, 2021. С. 278—309.
- Zakharkina, A. & Kuznetsova, O. (2021) Foreign civil doctrine of smart contracts. In: *SHS Web of Conferences: 14th Session of Euro-Asian Law Congress "The value of law"*

2021, Ekaterinburg. Vol. 134. Ekaterinburg, EDP Sciences Publ. pp. 00016.
<https://doi.org/10.1051/shsconf/202213400016>

Zhao, Yang (2021) Judicial trust and its construction in the era of artificial intelligence. *Journal of East China University of Political Science and Law*. (4), 73—82.

赵 杨. 人工智能时代的司法信任及其构建 // 华东政法大学学报. 2021. 年第 4 期. С. 73—82. (in China).

About the author:

Ekaterina P. Rusakova — Doctor of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedural Law and Private International Law, Law Institute, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754, Researcher ID L-5478-2017

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru

Сведения об авторе:

Русакова Екатерина Петровна — доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса и международного частного права, юридический институт, Российский университет дружбы народов; 117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0001-6488-0754, Researcher ID L-5478-2017

e-mail: rusakova-ep@rudn.ru

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-481-499>
EDN: DVOUOQ

Research Article / Научная статья

Judicial interpreting institutionalization in criminal proceedings: European practices and Russian perspectives

Valentina V. Stepanova  

RUDN University, *Moscow, Russian Federation*

 stepanova_vv@pfur.ru

Abstract. The research studies the institute of court interpreting in several European countries and the prospects of forming the institute of court interpreting in Russia. It bridges the previous studies concerning professionalization of this activity into the new realia and extends into legal regulation, market, and administration. The research raises awareness of the multifaceted process of forming the institute of judicial interpreting to the benefit of civil society. The issues concerning education of interpreters participating in judicial setting, level of language proficiency, qualification, authorization of legal interpreters and translators, their status, rights and obligations, code of ethics and some others inherent to the process of institutionalization are in the focus. It also highlights the grounds and voices prospects for the development of the institute of legal interpreters in Russia. The research methods are divided into theoretical and analytical, comparative, and contrastive and methods of reasoning, evaluation and summarising allowing to balance the material according to the academic aims. The practical relevance of the work rests in unifying and harmonising legal, administrative, and professional aspects of court interpreting institutionalisation within European space.

Key words: court/judicial interpreter; proficiency, qualification, certification; associations of judicial interpreters; legal regulation; judicial interpreting institutionalization

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 11th February 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Stepanova, V.V. (2023) Judicial interpreting institutionalization in criminal proceedings: European practices and Russian perspectives. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 481—499. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-481-499>

© Stepanova V.V., 2023



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

Институционализация судебного перевода в уголовном судопроизводстве: европейская практика и российские перспективы

В.В. Степанова  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
stepanova_vv@pfur.ru

Аннотация. Рассматривается институт судебного перевода в ряде европейских стран и перспективы формирования института судебного перевода в России. Автор связывает предыдущие исследования, касающиеся профессионализации этой деятельности, с новыми реалиями и распространяется на правовое регулирование, потребности рынка и систему управления. Исследование освещает многогранный процесс формирования института судебного перевода в интересах гражданского общества. В центре внимания находятся вопросы, касающиеся образования переводчиков, участвующих в судебном процессе, уровня владения языком, квалификации, полномочий юридических устных и письменных переводчиков, их статуса, прав и обязанностей, этического кодекса и некоторые другие, присущие процессу институционализации. Также выделяются основания и озвучиваются перспективы развития института юридических переводчиков в России. Методы исследования подразделяются на теоретико-аналитические, сравнительно-сопоставительные и методы рассуждения, оценки и обобщения, позволяющие сбалансировать материал в соответствии с академическими целями. Практическая значимость работы заключается в унификации и гармонизации правовых, административных и профессиональных аспектов институционализации судебного перевода на европейском пространстве.

Ключевые слова: судебный переводчик; профессионализм, квалификация, сертификация; ассоциации судебных переводчиков; правовое регулирование; институционализация судебного перевода

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 11 февраля 2023 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Stepanova V.V. Judicial interpreting institutionalization in criminal proceedings: European practices and Russian perspectives // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 481—499. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-481-499>

Introduction

In specialized literature there are various opinions concerning *fluency* and *interpreting*. Some investigators make a formally discursive error when they equate them. Language fluency describes any person who can speak and communicate in a foreign language, write on it, and accurately express their thoughts in this language. Interpretation and translation are procedures of the clear and identical transfer of ideas and thoughts that are reproduced in one language with the help of another. Since oral interpreting and language competence constitute heterogeneous groups of language functions, when defining the concept of court interpreter, it is necessary to emphasize not the fluent and unconstrained mastering of a language, but the proper quality of fluent interpreting into another language.

The WTO International Organization for Standardization (ISO) defines legal translation as “a specialization, which covers law-related or legal specialist field translation in terms of content /and context (e.g., legal settings)”. Formalized, sensitive nature of the

subject matter suggests “specific professional, confidentiality and ethical requirements, authorization, certification, and security clearance procedures” (ISO 20771:2020).

Court interpreting shares most of the above features with the difference in oral skills and competences, awareness of court proceedings and place of interpreter in it (Gonzalez, Vasquez, & Mikkelson, 1991; Hewitt, 1995).

The issues of judicial translating and interpreting attract attention of researchers in various fields. Most common works are devoted to national situation with court interpreting focusing on separate aspects such as the role of interpreter in court proceedings, linguistic rights, ethical values, quality, competence training, etc. Very few are trying to engage separate aspects of this very challenging job into the scope of professional factors that is unique in its nature. A couple decades ago, scholars were speaking about professionalization of court interpreting focusing on a logical chain of formal education, qualification, professional ethics, associations, and media.

Aspects of professionalization of judicial interpreting (Witter-Merithew & Nicodemus, 1990, 2012; Vasilenko, 2013) have been looked at by scholars in different fields: specific scope of knowledge and skills requiring formal academic education (Russell & Hale, 2008; Salimbene, 1997), public service mission, emphasized also in the light of recent migration flows (Mikkelson, 2000; Hale, 2011; Kolb & Pöchhacker, 2008), ethical norms of court interpreters (Camayd-Freixas, 2013; Tsybulevskaya & Kasaeva, 2013), professional autonomy (Witter-Merithew & Nicodemus, 2012), professional associations and sense of community (Mikkelson, 2000), professional standards (Salimbene, 1997; Liu & Hale, 2018) and status of translation profession (Pyn, Grin, Sfreddo, & Chan, 2012).

The institute of sworn interpreters in many countries is an excellent example that this is a separate and unique sphere of activities in a dedicated and highly professional job. This job is, itself, an institution with its own logic and structure satisfying specific social needs. Professional identities are increasingly framed around logics of mission and efficiency translated into practice and controlled and regulated by the state and professional agencies (Cooper & Robson, 2006). Profession is thus not only key mechanism for, but also primary target of institutional change (Scott, 2008).

According to scholars studying the issues of institutionalisation the greatest concern relates to the relationship between professions and institutions such as markets, organizational forms, and practices, and specifically with the role of professional groups and professional organisations in the processes of institutional change (Muzio, Brock & Suddaby, 2013).

We understand institutionalisation as the process of forming an institute with legal consolidation of the established patterns of professional behaviour that demonstrate various features of organisation, including discipline, code of ethics, professional standards, etc.

The research bridges the contents of professionalization with legal regulation, market demands, administering and recent practices in this sphere, thus combining theory and field investigation. The data obtained gives clear understanding of social importance of the profession and the state of civil society development. Comparative and qualitative analysis of legal, administrative, public, and individual roles of stakeholders in EU and Russia provide awareness of the process of judicial interpreting institutionalization whereas highlighted pitfalls allow directing it in the right way. Why is it important? Because we are speaking about such basic things as human rights, laws, ethics, social status, professionalism, relationship of state and civil society, justice, and order.

Objectives and methodology

The legislation of the Russian Federation provides for the possibility of attracting an interpreter who can supply qualified and professional assistance in the trials where some participants do not speak the language of the proceedings. Such provision is included in the laws of most European and English-speaking countries (Stepanova, 2021) because it constitutes one of the core rights envisaged in a number of international conventions. *The above determines the relevance of the topic.* The focus on establishing institutes of translators and interpreters that heavily contribute in terms of expertise, efficiency, and management manifests the *novelty of the study.*

The research framework suggests integrated studies of both European and Russian practices in the field of judicial interpreting regarding legal regulation, education, qualification, certification, experience, organization, and control.

The purpose of the research is of two-fold: first to study the foreign experience, then to identify the current deficiencies in Russian legislation and weaknesses of other nature concerning this aspect of judicial practice in the process of institutionalization of court interpreting in Russia.

The research methodology involves theoretical and analytical approaches equally balanced. Comparative analysis is implemented to identify general approaches to the issues of court interpreting in foreign countries while contrastive method contributes to profiling differences and/or similarities in tackling relevant challenges. Other cognitive methods applied in this work are methods of reasoning, evaluation, and summarising. Each of them in combination with others allows to achieve the set goals of the research.

The theoretical basis of the research is formed by the works of Russian and foreign scholars who are investigating the above issues. Current information concerning activities of sworn/authorized interpreters and translators in foreign countries was traced in academic literature, government, and official sites of relevant organizations.

The research looks at the experience of only a number of states for obvious reasons of limited capacity. The chosen countries are characterised by relatively high foreign-born population who do not understand or speak the national language. The growing crime rates and civil proceedings with participation of such individuals demand engaging a court interpreter and/or translator. Three countries under study belong to the EU (France, Germany, and Austria) whereas the UK is independent after Brexit; this raises interest in terms of comparison. Russia is a developing democracy and is looked at as a serious player within the European continent.

The research may contribute to unifying legal and organisational aspects of court interpreting institutionalization within the European space. It may also be included into a relevant academic course; research findings, results and conclusion of this paper will enhance coherent analysis of the role of the institute of legal interpreters/translators in quality interpretation of court proceedings involving participants who seek language assistance.

Relevant Aspects of European Institute of Judicial Interpreters

Participation of interpreters in European courts has quite a long history. According to Martina Bajčić and Katja Dobrić Basaneže (Bajčić & Dobrić Basaneže (eds.), 2016), these days, “more than ever, there is an upswing in demand for legal translators and interpreters

owing largely to the principle of free movement in the EU and recent developments in the global migrant crisis”. There is currently a growing number of court proceedings involving non-nationals of Member States, that warrants court interpreters’ recruiting. For example, Austria has seen a large rise of foreign nationals in prison and probation, especially in pre-trial detention. The number of foreign nationals has risen from 7% in 1980 to over 50% in 2018. Representation is highest in pre-trial detention for juveniles (77%) followed by adults in pre-trial detention, sentenced juveniles in prison and sentenced adults in prison (Wasler, 2018).

It was in response to this demand and recognition of a greatly varying degree in the quality of legal translation and interpreting across the EU countries, that the EU adopted the Directive 2010/64/EU¹. As instruments of secondary law, directives must be incorporated into national legislation, whereas the Member States always have the choice of the forms and methods to achieve the desired results of the norm. In other words, the Member States have more leverage when transposing directives. They can make some efforts to enhance the quality of interpreting and translation in their courts, to propose best practices and endorse additional regulations of the work of interpreters in courts (Ortega-Herráez, 2020).

In many European countries (Germany, Belgium, the Netherlands, Spain, and some others) an institute of practicing interpreters and translators has been developing for several decades. Even though the sworn interpreter works in the self-financing mode and independently organizes the work, their activities are accountable and controlled by the state bodies (usually the Ministry of Justice). The basic conditions for the work of a sworn interpreter are determined by law. Obtaining the status of a sworn interpreter is usually associated with a number of formalities: taking an exam, being the citizen of the state, obtaining higher professional education, undergoing periodic certification, taking an oath at a district court or higher regional court, etc.

Documents certified by a sworn interpreter have evidentiary power in court, and such interpreter acts on behalf of the state. Due to this, the sworn interpreter does not have the right to evade certification and is obliged to render service to any person who has addressed them (Pyn et al., 2012).

Sworn/authorized interpreters are part of the legal system of the state. The direct organizational management of the system of sworn interpreters is carried out by the Ministry of Justice. Additional indirect control through the assessment of legitimacy of their professional activities is carried out by courts. In certifying credentials, sworn interpreters also become part of a system of civil jurisdiction (Larin, 2011).

Judicial interpreting in Germany

Legal regulation

The term *sworn interpreter* (allgemein beeidigter Dolmetscher) comes from Germany. Here, despite the rich history of judicial transfer, that is over 60 years, there is still no single law on it at the federal level. Disparate regulations exist only in some federal states of the country. They establish the obligation to maintain confidentiality and meet

¹ Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 On the Right to Directory of Sworn Translators of France. 2021. Available at: <https://www.directory-sworn-translator.com/>. [Accessed 18th August 2022].

qualification requirements (Vinnikov, 2013). Interpreting for police interrogations is understood as an integral part of institutionalized communication.

Certification

To become a sworn interpreter a candidate needs to pass the state exam or the exam at the Chamber of Commerce. It is necessary to prove that they do not only demonstrate sufficient linguistic knowledge and skills, but also certain legal and translation competences. Apart of that, all kinds of language certificates, recommendation letters, confirming work experience, resume, and other documents (lack of criminal record, debts, etc.) are also relevant. Because the requirements vary a lot throughout the country, an interpreter certified in one state/land, may not be accepted to work as a sworn interpreter in another. Most often they have to take the exam established in their new place of residence. Certain federal states/lands require candidates to be aware of legal and judicial terminology, general knowledge of the peculiarities of the structure of the judicial system and the departmental apparatus of those countries whose languages the interpreter speaks. Some also require a health certificate (Schmidt, 2017).

However, it should be noted that the profession of an interpreter in Germany is not licensed. Therefore, amateurs who speak foreign languages can also be brought by courts and police to work as interpreters.

Document translation and their authorization

A sworn court interpreter in Germany does not only speak in court, but also performs the function of translating legal documents in accordance with the international private law. In this role, they replace the notary, while certifying the authenticity of the original document and accuracy of its written translation.

Professional associations

The largest professional association of translators in Germany is the Federal Association of Interpreters and Translators (*Bundesverband der Dolmetscher und Übersetzer e. V.*). The number of its members exceeds 7,500. Only translators with appropriate professional education are admitted to its ranks. The fact that translator has taken an oath or has special powers to certify documents is not a mandatory criterion in this case².

National standardized rates

German translators and interpreters engaged in the judicial system were facing new standardized rates beginning January 1, 2021. The rates are normally reviewed every 7 to 10 years. The amendment to the Judicial Remuneration and Compensation Act, adopted by the German Bundestag, regulates the fees of legal professionals, including linguists involved in administering justice. The updated structure of rates is very important for a

² Schmidt N. How to become a sworn interpreter in Germany. EXRUS.EU. 10th February 2017. Available at: <https://ru.exrus.eu/Kak-stat-prisyazhnyim-perevodchikom-v-Germanii-id589df64cf002046c255e945c> [Accessed 18th August 2022].

huge segment of judicial staff, including interpreters and translators. According to UEPO.de, a total of 24,997 linguists are currently listed in Germany's national database of court translators and interpreters. UEPO estimates the total number of professional linguists in Germany to be between 40,000 and 45,000³. The rise in hourly rates was not very dramatical and only comprised 15 percent on the previous fees to great disappointment of the German Federal Association of Interpreters and Translators (BDÜ).

Judicial Interpreting in France

Legal regulation

In France, translation of documents, performed and certified by a French sworn translator expert (*traducteur Expert judiciaire*), who took an oath in one of the French Courts of Appeal, and is included in the official list of this Court of Appeal, is valid throughout France. The procedural status of forensic experts is also conferred to court interpreters by French legislation: a judicial expert is a qualified professional, providing occasional support to judges in the discharging of the duties assigned to them by various French jurisdictions⁴. The activities of sworn translators are regulated by Law No. 71-498 of 29 June 1971.

Registration and certification

All of such experts are officially registered in the National or Circuit Directory of Sworn Translators of France, legal experts of the Appeals Court. The needed specialist can be traced by a number of criteria including desired target language, specialist field, department or region, Court of Appeal membership.

Circuit Directory of Courts of Appeal is updated annually by the decision of the Assembly of Judges and Court Officers of the Appellate District. There are five requirements that the candidate must meet to be included in this registry: relevant qualification and ten years of continuous professional experience, gaps in professional activity not longer than two years from the date of nomination (September 15 of each year), lack of criminal record or disciplinary liability for offenses incompatible with the work of an expert, undergoing special training of forensic expert and place of work or residence within the appellate district (Renz 2018). The process of certification can take several years depending on the pair of languages and experience of the candidate.

Translation agencies and associations

The Ministry of Justice is cooperating with the TTI translation company, which renders a number of services, such as translation, interpreting, transcription and assistance in swearing-in. It employs more than 4800 specialists working in various settings with more than 140 pairs of languages across France (Société TTI).

³ Florian Faes. Pay rise for Germany's judicial translators and interpreters criticized as inadequate. Slator. 2nd December 2020. Available at: <https://slator.com/industry-news/pay-raise-for-germanys-judicial-translators-and-interpreters-criticized-as-inadequate/> [Accessed 18th August 2022].

⁴ Directory of Sworn Translators of France. Available at: <https://www.directory-sworn-translator.com/>. [Accessed 18th August 2022].

It is important to note, however, that the procedural law of France does not require compulsory recourse to an expert interpreter from the National Directory, allowing the involvement of any competent person as a trial interpreter. The attraction of police or court officers who speak foreign languages is also encouraged.

A dozen of professional association of translators and interpreters aim to work toward recognition of the profession. Among them is the CETIECAP, the company of expert translators and interpreters affiliated with the Paris Court of Appeal; it includes specialists in 55 languages able to ensure communication in various legal settings.

Judicial Interpreting in the UK

Professional associations

In the United Kingdom there are several registries of voluntary associations of interpreters who can be professionally involved in judicial interpreting. For police and courts investigations, interpreters are very often employed through the National Register of Public Service Interpreters (NRPSI)⁵, which was set up in 1994. NRPSI includes around 1,800 interpreters who speak 100 languages (NRPSI official website) with varying levels of training, from standard vocational to mediocre basic for rare languages. Selection of interpreters from the NRPSI is strongly encouraged since they demonstrate a minimum and measurable standard of training and quality (Hertog 2001:14).

Another profile organization in the UK is the APCI⁶; it is a qualified union of professional and freelance interpreters working within the criminal justice system of the United Kingdom. Established in 1974, this association of highly professional linguists plays an important role in representing its members' interests and provides services to state organizations and businesses. It focuses on improving quality and standards of translation and interpreting. At the same time, many of the APCI members are current NRPSI members; they are also verified by special authorities such as the Ministry of Justice, HM Courts Service, the Metropolitan Police, the Crown Prosecution Service, the Probation Service, etc. The Association is in close relation with the Institute of Linguists, and the Institute of Translation and Interpreting.

Registration and certification

The Institute of Translation and Interpreting (ITI)⁷, in the United Kingdom, is represented by business and conference interpreters, as well as judicial interpreters; it provides proficiency exams in various fields of translation and interpreting specialization. Despite the lack of legislation requiring employment of the tested interpreters, the organization makes efforts to certify courts throughout the United Kingdom that implement such regulations.

⁵ National Register of Public Service Interpreters (NRPSI). Available at: <https://www.nrpsi.org.uk>. [Accessed 17th July 2022].

⁶ Association of Police and Court Interpreters (APCI). Available at: <http://apciinterpreters.org.uk/> [Accessed 18th August 2022].

⁷ Institute of Translation and Interpreting (ITI). Available at: <https://www.iti.org.uk/> [Accessed 18th August 2022].

Faults in domestic policymaking

Huge expenses on interpreting/translation services forces the government to seek ways of cutting costs. Unfortunately, not all of the decisions are quite successful. Thus, in 2011 The Ministry of Justice concluded a five-year agreement with the Applied Language Solutions (ALS). That decision caused quite serious problems of various nature. Under the new law, all courts in England and Wales from February 2012 had to commission interpreters from ALS. The British Ministry of Justice expected that the law would save annually more than 20 million pounds on interpreters without compromising the quality of justice. However, numerous problems have been revealed. Among them are huge number of unregistered interpreters (51—71%), violation of human rights, lack of interpreters with rarer languages (ex., Lithuanian), low level of professional training of specialists, delays to cases and excess costs included for travel⁸ (Vinnikov, 2012). In some cases, suspects had to be released or kept in custody because of poor or unavailable interpreting services (Green, 2016).

Besides, the services of translation agencies through outsourcing dramatically affected independent freelance interpreters considerably reducing their number.

Current market situation

COVID-19 though impacted the working regime of the judicial system, has not paralyzed it as the state invested an additional £110m on the emergency measures. Since August 2020, magistrates' courts have been completing more cases than have been received and recruiting more staff. They are increasingly using telephone, video, and other technology to hold many hearings remotely. Those hearings that cannot be conducted remotely take place in COVID secure buildings⁹.

Judicial Interpreting in Austria

Legal regulation

Austria is considered to be an exemplary country in terms of the proper enforcement of the principle of the national language in courts and police. This sphere of activities is regulated by federal laws, including the fees interpreters can charge for their services.

The law allows attracting not only the sworn-in interpreters to the criminal process but also freelance specialists. The national procedural law does not prescribe the role of interpreter in detail and does not delimit their rights. It does not define the permissive principle of their activities; only an oath of an interpreter is established, and the process of engaging interpreter is described.

⁸ Bowcott, Owen. Suspects 'denied fair trial' by shortage of court interpreters. In *The Guardian*. 23th October 2012. Available at: <https://www.theguardian.com/law/2012/oct/23/suspects-remanded-shortage-court-interpreters> [Accessed 18th August 2022]; Bowcott, Owen. Private court interpretation company 'should face contempt proceedings'. In *The Guardian*. 19th March 2012. Available at: <https://www.theguardian.com/law/2012/mar/19/private-court-interpretation-contractor-contempt> [Accessed 18th August 2022].

⁹ UK Ministry of Justice. Guidance. HMCTS weekly operational summary on courts and tribunals during coronavirus (COVID-19) outbreak. Available at: <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-weekly-operational-summary-on-courts-and-tribunals-during-coronavirus-covid-19-outbreak> [Accessed 18th August 2022].

Registration and certification

Interpreters in this country are the members of the Austrian Association of Sworn and Certified Court Interpreters (Österreichischer Verband der Gerichtsdolmetscher). To be included in the professional register, the interpreter must apply to a competent court (16 of them administer the list of sworn-in and certified court interpreters/translators), prove their professional knowledge, full legal capacity, honesty, knowledge of the rules of conduct in court, two-year work experience for graduates in translation/interpreting studies and/or five-year experience for those without diploma. Absence of criminal record and legal capacity also constitute requirements.

The certification examination is conducted by a commission of three people: a presiding judge and two expert linguists. Certification test consists of oral and written assessment of legal competencies, interpreting, and translating skills. The exam fee is €400. The first-time attestation is granted for five years, the further ones are valid for ten years. Then the attested specialists take an oath and are allowed to use personal official seal and electronic card, which allows to control quality and compliance to the code of ethics. Certification can be lost as a result of complaints concerning availability, and/or quality of work on the part of courts, police, and public authorities.

Current market situation

In total, there are more than 1,400 sworn and legally certified interpreters in 49 languages in Austria. However, in some languages, accredited court interpreters are not enough or there is none. For example, in December 2020 in Vorarlberg, there were only 25 sworn interpreters for 14 languages. The average age of interpreters is 62. According to Angelika Prechtl-Martel, head of the District Court, the main reason for deficit is low fees, professional hardships, and ever-growing demands. This also refers to the most common in court languages like Serbian, Croatian, Bosnian, and Turkish. As for interpreters from Arabic, they are non-existent, and court has to invite them from other states (Dolmetscher-Mangel bei Gericht — Vorarlberg).

Findings

In European Union, the interpreting service is regulated by the EU Directive 2010/64/EU¹⁰ establishing the right of the defendant not speaking the language of the trial to participate in the proceedings on equal terms with other actors. This Directive is further developed by national laws that vary in minor details.

According to these rules, a person who interprets in court does not need to have a special education or be a professional interpreter. Even in the countries with strict rules concerning qualification examinations, relative experience, and requirements to become an official court interpreter (Germany, Austria, Denmark), in practice, any person who speaks both the native language of a suspect/defendant and the language of the jurisdiction of the state in question can act as a judicial interpreter. The fact that amateurs are often engaged in courts, undermines the prestige of the profession.

¹⁰ Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the Right to Directory of Sworn Translators of France. 2021. Available at: <https://www.directory-sworn-translator.com/>. [Accessed 18th August 2022].

International community realize the importance and specificity of the profession of trial interpreter. The issues of language quality in criminal proceedings have been raised in a significant number of court cases and highlighted a certain number of so called “grey areas” that need to be addressed¹¹. In response to the challenges the EU has worked out standardized descriptions of the scope of knowledge and skills as well as codes of behaviour.

This helps in further institutionalizing the given profession in terms of authorization, certification, remuneration and management. All those are performed by the state bodies (Ministries of Justice) of European countries, which determine all the conditions for the work of a legal linguist expert. Additional indirect control is realized by courts who commission interpreters for their work. Though interpreters are most often self-employed their relationship with the state is accountable, controlled, and public by nature. They are part of the legal system with certain duties and liability tied up with an oath. Sworn translators and interpreters are entitled to certify credentials they translate into the official language, thus joining the system of civil jurisdiction.

The state also regulates rates of those engaged in judicial interpreting, which are periodically reviewed. The costs of services of judicial and police interpreters reach enormous proportions. Their significance compels the authorities to seek ways to minimize expenses. Striving to cut costs courts prefer dealing with translation agencies, which act as a managing body taking on the responsibility to provide the right professional in due place and time. However, there were cases when those obligations were not performed, ending in trial delays, low interpreting standards and failure to provide a specialist with a rare language. The national policy aimed at cutting judicial costs at the expense of certified language specialists forces real professionals out of system.

At present, the multiplicity of languages involved in judiciary interpreting across European Union poses an especially difficult challenge to a profession. The well-known fact that interpreters of different languages have absolutely different linguistic and cultural problems is only one part of the big issue. More important is the fact that because of their language combination and the market where they operate, most judiciary interpreters can work only part-time in courts, seeking other ways to provide for living. Strict rules, hard working conditions and low fees contribute to reducing the number of those who would like to devote themselves to this profession.

National associations of translators and interpreters play an important role in administering registries of sworn interpreters, certifying, and controlling the professional standards and norms of ethics connected with court practice. Most often they are cooperating with higher school to develop certification programs and arrange profile conferences, seminars, training, and other events in order to raise qualification of their members.

To improve things and solve the problems associated with court interpreting, an international association was set up in the European Union (EULITA, the European Legal Interpreters and Translators Association). This is a non-profit organization established under the Criminal Justice Program of the EU Commission's Directorate-General of Freedom, Security and Justice. One of the main EULITA objectives is to represent its full and associate member associations, as well as its associated individual members in

¹¹ Brannan J. ECHR case-law on the right to language assistance in criminal proceedings and the EU response. Available at: [ECHR case-law \(eulita.eu\)](http://eulita.eu). [Accessed 18th August 2022].

Europe. It heavily contributes to promoting justice, fundamental principles of human rights and enhancing high standards of the profession.

Based on the above we can assert that European court interpreters are still striving to enhance their status and autonomy, however, the institute of judicial interpreters has been generally formed. It has united all the stakeholders, representing both the state bodies, social institutes, and individuals, and regulates this sphere on legal rules and ethic norms to satisfy the judiciary needs in administering justice.

Russian Legislation and the Need for Changes

The principle of language assistance in criminal proceedings is one of the most important and together with the principle of independence of judges, equal access to justice and the adversary principle, forms a single institution. Russian legislation has been created in full conformance with the international laws, including the International Covenant on Civil and Political Rights 1966 and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, which proclaim the inalienable right of any person subject to criminal prosecution to receive timely and quality assistance of a professional translator/interpreter.

V. Stepanova (2020) gave a detailed analysis of Russian rules concerning the language of criminal proceedings and participation of judicial interpreter. This work focuses on those of them that will help to study the challenges in further institutionalizing of judicial interpreting.

The law establishes checking the language competence of a person detained on suspicion of an offense before the investigative actions (Criminal Procedure Code of the Russian Federation, para. 2, Art. 176.). However, the procedure and term for testing skills and knowledge in the field of language proficiency and competence are not indicated.

Similar problems are relevant to EU, too. In 2016 the European Union Agency for Fundamental Rights held the survey concerning the right of the suspect and/or the accused to interpreting and informing in criminal jurisdiction in the EU Member States. The survey showed that there is no clear procedure or mechanism in place to ascertain whether the suspect or accused persons concerned speak and understand the language of the criminal proceedings and whether they need interpreter's assistance (Rights of Suspected and Accused Persons Across the EU: Translation, Interpretation and Information)¹².

Investigative actions also suffer from other gaps in the current Russian legislation. For example, how can the investigator verify the language competence of interpreter if they do not speak or understand the language themselves? The procedure for verifying documents of interpreter, confirming their knowledge and competence in the declared language, is not clarified.

Recent court cases have revealed another pitfall connected with poor organization of translating documents necessary for court resolution. The time limit and pressure from key actors of the process can lead to violation of Part 2 of Article 307 of the Russian Criminal Court that treats liability for intentional incorrect translation. Lack of accurate definition of *intentional/unintentional incorrect translation* realized itself in translator's conviction

¹² Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information. European Union Agency for Fundamental Rights. 2016. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Available at: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-right-to-information-translation_en.pdf#page=33 [Accessed 18th August 2022].

(Larin, Obidina, & Sdobnikov, 2018). That was virtually the first experience in practical application of the above article.

Legislative inconsistencies have led to the emergence of corresponding linguistic competence verification institutions that work successfully and bring positive results in countries such as Canada, USA, Australia (Stepanova 2021), Austria, France, and many others. Such experience can also be very useful and favorable for the Russian Federation. It is evident that due to globalization and growth in migration flows, the need for the formed institute of judicial interpreters is urgent. It should be noted that in 2020, 34400 foreign residents and stateless persons were convicted in Russia. At the same time, the number of offences against foreign citizens and stateless persons comprised 15981 (Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation)¹³. In 2022, the crime rates regarding labor migrants were more shocking. According to the Deputy Minister of Internal affairs, 40200 crimes were committed by labor migrants, most of them against Russian citizens. In comparison with 2021 the number of such criminal offences have raised by 10%. Such figures cannot but set alarm. It is logical to assume that such people may have a very limited command of the Russian language, respectively, the need for certified interpreters is constantly increasing.

Certification and/or authorization procedures for judicial interpreters established and operating in most developed countries liberates the court officials from additional verification of the interpreter's language competence and greatly simplifies the process of engaging interpreters into judicial proceedings.

Based on international experience, we can submit that the core principles for institutionalizing judicial interpreters in the Russian Federation may involve:

- Financing certification and/or authorization of court interpreters. Financing should be provided from the state budget as the state should favorably implement the principle of parties' equality and the principle of interpreter's independence.
- Forming and monitoring organizations that will carry out the work on certification and/or authorization of judicial interpreters.
- Determining evaluation criteria and competence of judicial interpreters, as well as conducting examinations for those applying for a certificate of judicial interpreter.
- Systematic updating and correcting the list of foreign languages deemed necessary for criminal proceedings. This task seems to be one of the most difficult, as the need for interpreters in particular language is changing rapidly since the flow of foreign citizens arriving in the country is very diverse.
- Forming the National Register of Judicial Interpreters of the Russian Federation.
- Working out the national rates for linguists engaged in judicial interpreting and translation.
- Perfecting the centralized organization of proceedings with language assistance based on revised legal rules and court practices.

Obviously, formation of the institute of legal interpreters in the Russian Federation will be a significant factor in modernizing and enhancing democratization of the Russian penal system.

¹³ The State of Crime in Russia in January-December 2020. Main Information Analytical Centre of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. Available at: <https://мвд.рф/reports/item/22678184/> [Accessed 18th August 2022].

First Steps for Institutionalization of Judicial Interpreting in Russia

Legal initiative

Many useful innovations in this direction have been introduced in Russia lately. As a result of the legislative assembly, a meeting of the Science Advisory Board was held in Nizhny Novgorod on December 23, 2015. The initiative group of the Union of Translators of Russia (UTR)¹⁴ prepared a draft of integral legislative regulation in the field of official translation and interpreting based on problems detected during investigative proceedings and court practice. This document is highly functional, informative, and complete in its essence; it consists of sixteen articles and four chapters (Larin, Obidina, & Sdobnikov, 2016).

The *Project for the Provision on Judicial Translator/Interpreter 2015*¹⁵ proposes to fill in the existing legislative gaps regarding the method of assessing professional competence of the interpreter and calls to determine the process of selecting an interpreter by court and law enforcement agencies.

This project may be useful in many ways, since interpreter's assistance is needed in various areas of justice and law, namely civil, constitutional, criminal, and administrative. Article 118 (Part 2) of the Constitution of the Russian Federation directly provides for this.

The legislative project indicates the necessity to set up a Unified Registry of State Judicial Interpreters with the purpose to inform all the stakeholders about qualified professionals ready to render services. Those will be specially trained specialists capable of engaging in a particular type of court proceedings, including investigative actions and those who have proved their professional competences and qualifications after passing the relevant examination in a particular body of the Ministry of Justice in the territory of the Russian Federation.

To determine the examination board qualifying and certifying interpreters, it is recommended to introduce an equivalent number of representatives of the territorial state body of justice, as well as linguistic specialists in the field of interpreting and translation, and judicial interpreters who have previously been included into the Unified State Register in any constituency of the Russian Federation.

It is important to note that Part 2, Art. 13 of the draft act establishes the possibility of involving persons who are not included in the Unified State Register of Judicial Interpreters, but demonstrating specialized knowledge and skills, with relative qualifications in the required language, in judicial and pre-trial interpreting and translation.

The Examination Commission conducts the test in three stages: a test on the Russian legal system, a test on linguistics, and a test on interpreting and translation in certain legal settings. In this order. It means that those who have not taken the exam on the legal system of Russia will not be allowed to take the exam on professional knowledge and skills. It is understood that the exam on legislative foundations of the legal system of Russia is taken once in contrast to linguistic testing and testing professional skills, which are to be renewed on a regular basis to confirm qualification. Any person who managed to pass the exam takes an oath and is then granted a certificate of judicial interpreter.

¹⁴ Union of translators of Russia (UTR). Available at: <http://www.translators-union.ru/> [Accessed 18th August 2022].

¹⁵ Project of the Provision on Judicial Translator. Interpreter. 2015. Available at: <http://www.translation-school.ru/index.php/ru/archive/2015/sworntranslator>. [Accessed 18th August 2022]. (in Russian).

Qualification exam of national character shall provide an opportunity to collect complete information on all the persons who were granted a certificate; it will allow to form a Unified Register of Judicial Interpreters of Russia. It is logical to assume that such registry should be a single electronic database that will be accessible to lawyers, investigators, prosecutors, as well as judges and other legal professionals. This electronic database must be constantly updated automatically in order to quickly find a judicial interpreter of relevant qualification in a particular area of law.

The project also details the grounds for termination and suspension of work activities in the field of judicial interpreting/translation. In order to simplify certification to gain the status of judicial interpreters contrary to periodical reexamination, the authors propose to revoke the certificate in the event of a gross violation of procedural law, as well as in the case of refraining from work as a judicial translator within three years.

On the other hand, for the timely execution of work, the project provides for a detailed description of working conditions considering the volume and complexity of services rendered.

This provision also regulates and determines the pricing policy in interpreting and translation services. For this end, it is necessary to establish a single tariff rate for providing interpreting/translation services throughout the country. Such measure is necessary to control and prevent an unjustified rise in prices by individual representatives of the translation community. Guaranteed remuneration and stable work are the main motivational factors aimed at improving the professional competence and qualifications of interpreters in the labor market.

From the above, it follows that the draft provision on judicial interpreting/translation will beneficially remove a number of problems that the translation community and law enforcement officials are jointly facing. Employers in the face of the judicial system and law enforcement agencies will be able to attract qualified specialists through the Unified State Register, which will significantly shorten their time and efforts. Court officers will receive additional tools to improve efficiency and quality of criminal proceedings.

Professional training

Since the legislative initiative, the process of institutionalization of legal interpreters and translators in Russia has been going forth. Higher school has worked out educational packs for training legal interpreters and translators to be, both at undergraduate and graduate levels. Great contribution has been made by the Law Institute of Peoples' Friendship University of Russia (RUDN university); the team of professors of the department of foreign languages have developed 50 master courses on various aspects of public service interpreting (PSI) as well as legal translation and interpreting.

Leading classical and profile legal universities as well as other profile universities offer master courses of legal translation and interpreting; among them are St. Petersburg university, Kutafin Moscow state law university, Moscow State Linguistics University, and some others. The courses are mostly focused on the popular European languages, however, the bachelor's supplementary translation program at the Law Institute of RUDN University also involves Arabic, Chinese, Korean, and Japanese. However, it is virtually impossible to train interpreters in infrequently encountered languages that are not traditionally taught at university level (Babanina & Zhivaeva, 2015).

Translation/interpreting agencies and associations

Several associations (the National League of Translators and Interpreters (NLT), the Union of Translators of Russia (UTR)¹⁶, the International Federation of Translators (FIT) and the Association of Translator and Interpreter Trainers (ATT)¹⁷ as well as numerous translation agencies (ALBA, Prima Vista, One, Russian Translator Pro, AKM-West, LMGP and others) are investing a lot of effort into determining countrywide standards for court interpreting services. They commit to secure professional quality and ethics in legal translation and interpreting.

Of those mentioned only the UTR and the ATT attach prime importance to education and training the freelance interpreters and translators. They aim at strengthening links between universities and language industry companies. ATT publishes open access articles on the issues of contemporary translation studies, practice, and didactics of translation, offers refresher courses for translation teachers, holds seminars and trainings, and arranges traineeship and practice opportunities for students of profile educational institutions (ATT website).

The UTR, which associates theorists and practitioners in the legal sphere in various languages and represents academic, corporate and translation communities, has formed an extensive information base of interpreters across Russia. This information may play an important role in setting up the Unified State Register of Judicial Interpreters within the Russian Ministry of Justice.

Conclusion

Current legislation of the Russian Federation grants participants to criminal proceedings who cannot communicate in the language of court trial, the right to use an interpreter. However, legislative shortcomings and imperfect court practice revealed poor centralized control over translation services in the field of criminal proceedings, which, in turn, adversely affects the process of selecting a qualified interpreter in the required language and reasonable pricing policy in translation and interpreting services.

Domestic legislative regulation of interpreter's participation in the criminal process, as well as the principle of the language of legal proceedings, needs to be modernized to be in accordance with current realities and positive international trends. Along with this, the law-enforcement practice, which regulates the principle of interpreter's participation in the criminal process, also requires improvement. Unfortunately, the state seems reluctant to tackle these issues as the initiative of the translation and interpreting community has not been supported by state authorities so far.

Costs in the criminal process for translation and interpretation services reach significant proportions. This forces judicial authorities to seek ways to cut them by inviting less qualified specialists. Such cases are also relevant with rare languages, including but not limited to the languages of national minorities of the Russian Federation. European countries seek to reduce costs through outsourcing, *i.e.*, referring to judicial and translation

¹⁶ Union of translators of Russia (UTR). Available at: <http://www.translators-union.ru/> [Accessed 18th August 2022].

¹⁷ Association of Translator and Interpreter Trainers (ATT). Available at: <http://translation-teachers.ru/> [Accessed 18th August 2022].

organizations. This practice has proved its effectiveness, is predominant in the modern societies and worth examining.

A study of the UTR proposals and a review of the current state of affairs in the field of judicial interpreting/translation suggests that there are both opportunities and weighty prerequisites for institutionalizing judicial interpreting, however, this demands plenty of efforts to remove existing legislative and organizational deficiencies.

The lack of extensive formal educational opportunities, accreditation procedure and clear legal status of trial interpreters form another important scope of weak points. These issues are widely discussed in academic and legal societies and are waiting for their solution in Russia.

Professional society of court interpreters needs a code of ethics and professional behaviour to create a proper moral and working environment and refine procedures and technologies of language assistance. The basic principles stem from the mission of court interpreters to bridge people and cultures and contribute to administering justice regarding human rights. In short, they can be formulated as follows: faithful, accurate, qualified, impartial interpreting, confidentiality, and no conflict of interest. Principles outlining the atmosphere within the interpreting community are to honestly represent qualifications and responsibilities, to enhance capabilities through continuing education in the professional sphere, to resolve disputes by mutual agreement and abide by it, and to be compensated commensurate with the experience and accomplishments. Failure to abide by these principles can harm both an individual interpreter, fellow members, professional association, and court as a state body of justice.

This field of professional activities has developed into a separate institute with its clearly distinguished features in the legal systems of many countries. Among them are autonomy of expertise governed by standards and professional behaviour, a body of knowledge and skills requiring academic background, public service mission and integration into the judicial structure, ethical codes that must be strictly complied, professional associations designed to register interpreters, set criteria for the profession, certify, share practices, safeguard the interests of the professional community, etc., state regulation, authorization, and remuneration, mechanisms for testing, certification, qualifying and monitoring conformance to standards, media for disseminating relative knowledge, skills and practices with the aim of advancing standards and some others.

The research shows that the process of institutionalization of court interpreting in Russia can go further on with regard to the identified concerns. It will bring plenty of benefits in terms of ensuring the quality of legal interpreting thus providing equal access to justice, unifying the process and techniques of legal interpreting and translation, and pool all the stakeholders of various nature to meet social needs in judicial setting. Obviously, the main burden will rest on courts, which will have to administer qualification exams and certification and establish the Unified State Register of authorized legal interpreters, but this burden is fully justified as it will enhance trust to the judicial system *as per* and contribute to formation of civil society.

References / Список литературы

- Bajčić, M. & Dobrić Basanež, K. (eds.). (2016) Towards the professionalization of legal translators and court interpreters in the EU: Introduction and overview. In: *Towards the professionalization of legal translators and court interpreters in the EU*. Cambridge Scholars Publishing, pp. 1—13.

- Camayd-Freixas, E. (2013) Court interpreter ethics and the role of professional organizations. In: Schäffner, C., Kredens, K. & Fowler, Y. (eds.). *Interpreting in a changing landscape*. Amsterdam-Philadelphia, John Benjamins Publishing, pp. 15—30.
- Cooper, David J. & Robson, Keith. (2006) Accounting, professions and regulation: Locating the sites of professionalization. *Accounting, Organizations and Society*. 31(4/6), 415—444.
- Gonzalez, R.D. & Vasquez, V.F. & Mikkelson, H. (1991) *Fundamentals of court interpretation: theory, policy and practice*. Durham, NC, Carolina Academic Press.
- Hale, S. (2011) *Interpreter policies, practices and protocols in Australian courts and tribunals: A national survey*. Melbourne, Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated.
- Hertog, E. (2001) *Aequitas, Access to Justice across Language and Culture in the EU*. Antwerp, Lessius Hogeschool.
- Hewitt, W.E. (1995) *Court interpretation: model guides for policy and practice in the state courts. National center for state courts*. National Center for State Courts. Available at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/154826NCJRS.pdf> [Accessed 18th August 2022].
- Larin, A.A. (2011) Institute of sworn translators: foreign experience and prospects for introduction in Russia. In: *Relevant Issues of Law and Translation Practice*. Vol. 2. Nizhny Novgorod, ALBA Publ. pp. 55—61. (in Russian).
Ларин А.А. Институт присяжных переводчиков: зарубежный опыт и перспективы введения в России // Актуальные вопросы переводоведения и практики перевода. Т. 2. Нижний Новгород: АЛБА, 2011. С. 55—61.
- Larin, A.A., Obidina, L.B. & Sdobnikov, V.V. (2016) About the necessity to rearrange court translation and interpreting in Russia (Some reflections about the discussion held in the Science Advisory Board of the Nizhniy Novgorod Regional Legislative Assembly). In *Industry Issues of Legal Science and Practice. The Bulletin of the Novgorod Academy of the Ministry of the RF Ministry of Internal Affairs*. 1(33), 131—135. (in Russian).
Ларин А.А., Обидина Л.Б., Сдобников В.В. О необходимости введения в России института судебных переводчиков (некоторые комментарии по итогам заседания Научно-консультативного совета при Законодательном собрании Нижегородской области) // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2016. № 1(33). С. 131—135.
- Larin, A.A., Obidina, L.B. & Sdobnikov, V.V. (2018) Translator behind the bars (Court translation quality assessment in law and translation studies). *Humanities and Social Studies in the Far East*. 15(1), 113—116.
- Liu, X. & Hale, S.B. (2018) Achieving accuracy in a bilingual courtroom: The effectiveness of specialised legal interpreter training. *The interpreter and translator trainer*. 12(3), 299—321. <https://doi.org/10.1080/1750399X.2018.1501649>
- Mikkelson, H. (2000) *Introduction to Court Interpreting*. Manchester, UK and Northampton, MA, St. Jerome Publishing.
- Muzio, D., Brock, D.M. & Suddaby, R. (2013) Professions and institutional change: Towards an institutionalist sociology of the professions. *Journal of Management Studies*. 50(5), 699—721.
- Ortega-Herráez, J-M. (2020) Organizing a profession. In: Eva, N.S. & Crezee Ineke, H.M. (eds). *Interpreting in legal and healthcare settings: perspectives on research and training*. Benjamins Publishing Company, pp. 165—187.
- Salimbene, F.P. (1997) Court interpreters: standards of practice and standards for training. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 6(3), 645—672.
- Stepanova, V.V. (2020) Legal aspects of interpreter's engagement in criminal proceedings in Russia. In: *Proceedings of INTCESS 2020 — 7th International Conference on Education and Social Sciences 20-22 January 2020 — Dubai (UAE)*, pp. 720—729.
- Stepanova, V.V. (2021) Institute of court interpreters in the English-speaking countries: strengths and weaknesses. In: *Proceedings of INTCESS 2021 — 8th International Conference on Education and Education of Social Sciences 18-19 January*, pp. 171—178.

- Tsybulevskaya, O. & Kasaeva, T. (2013) Professional ethics standards in the Russian legal field. *Law and Modern States*. (3), 32—39.
- Vasilenko, L.Yu. (2013) Professionalization of court interpreting. *RUDN Journal of Law*. 2013. (4), 332—336.
- Vinnikov, A.V. (2012) Linguistics, law and “concepts”. On the linguistic problems of justice and society. *NB: Russian Police Law*. (1), 47—134. (in Russian).
Винников А.В. Лингвистика, закон и «понятия». О лингвистических проблемах юстиции и общества // *НВ: Российское полицейское право*. 2012. № 1. С. 47—134.
- Vinnikov, A.V. (2013) About world regularities of police and judicial transfer. *Eurasian Advocacy*. 1(2), 89—103. (in Russian).
Винников А.В. О мировых закономерностях полицейского и судебного перевода // *Евразийская адвокатура*. 2013. № 1(2). С. 89—103.
- Witter-Merithew, A. (1990) Power and powerlessness: Interpreting as a profession. In: *Proceedings of the Second Annual Institute for Court Interpreters*. Trenton, NJ, Administrative Office of the Courts, Court Interpreting, Legal Translating and Bilingual Services Section. Pp. 71—77.
- Witter-Merithew, A. & Nicodemus, B. (2012) Toward the international development of interpreter specialization: An examination of two case studies. *Journal of Interpretation*. 20(1), 55—76.

About the author:

Valentina V. Stepanova — PhD in Linguistics, Associate Professor of the Department of Foreign Languages, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0003-0495-0962, Researcher ID: H-9968-2016

e-mail: stepanova_vv@pfur.ru

Сведения об авторе:

Степанова Валентина Витальевна — кандидат филологических наук, доцент кафедры иностранных языков, юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0003-0495-0962, Researcher ID: H-9968-2016

e-mail: stepanova_vv@pfur.ru

ПРАВО И ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

LAW AND DIGITAL TECHNOLOGY

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-500-521>
EDN: GPPYPM

Научная статья / Research Article

Правовое обеспечение развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры

А.Л. Белоусов  

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации
(Финуниверситет), г. Москва, Российская Федерация
 andreybelousov@mail.ru

Аннотация. Необходимость адаптации регуляторных механизмов к активно развивающимся в настоящее время процессам цифровизации обуславливает актуальность темы исследования. При этом в условиях нарастающих киберугроз и все большей зависимости общественных отношений от информационно-телекоммуникационных технологий определенному переосмыслению в правовом аспекте подлежат направления развития законодательства, обеспечивающее стабильность и безопасность соответствующей инфраструктуры. Предмет исследования — правовое обеспечение развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. Цель работы — определение ключевых направлений совершенствования правового регулирования в области функционирования и развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. При проведении исследования использовались методы анализа, синтеза и сравнения, а также буквального и системного толкования норм действующего законодательства в области функционирования и развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. В заключении сформулированы выводы относительно необходимости развития нормативного регулирования в данной сфере. Предложены конкретные направления изменения правового поля, обеспечивающее устойчивое развитие информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в Российской Федерации.

Ключевые слова: информация, безопасность, критическая инфраструктура, регулирование, цифровизация, Интернет, персональные данные

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Информация о финансировании. Статья подготовлена по результатам исследований, выполненных за счет бюджетных средств по государственному заданию Финансового университета при Правительстве РФ.

© Белоусов А.Л., 2023



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

Дата поступления в редакцию: 24 августа 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Белосов А.Л. Правовое обеспечение развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 500—521. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-500-521>

Legal support for the development of sustainable and secure information and telecommunications infrastructure

Andrey L. Belousov  

Financial University under the Government of the Russian Federation (Financial University),
Moscow, Russian Federation
[✉andreybelousov@mail.ru](mailto:andreybelousov@mail.ru)

Abstract. The relevance of the work is due to the need to adapt regulatory mechanisms to the actively developing digitalization processes. On the other hand, in the context of growing cyber threats and increasing dependence of public relations on information and telecommunications technologies, the directions for the development of legislation that ensure stability and security of the relevant infrastructure are subject to a certain rethinking in the legal aspect. The subject of the study is the legal support for the development of a sustainable and secure information and telecommunications infrastructure. The purpose of the work is to identify key areas for improving legal regulation in the field of functioning and development of sustainable and secure information and telecommunications infrastructure. The study applies methods of analysis, synthesis and comparison, as well as literal and systematic interpretation of the norms of the current legislation in the field of functioning and developing sustainable and secure information and telecommunications infrastructure. Finally, conclusions are formulated regarding the need for the development of legal regulation in this area. The research outlines the specific directions for changing the legal field, which ensure the sustainable development of information and telecommunications infrastructure in the Russian Federation.

Key words: information, security, critical infrastructure, regulation, digitalization, internet, personal data

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Funding information. The article was prepared based on the research financed from budgetary funds under the state assignment of the Financial University under the Government of the Russian Federation.

Article received 24th August 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Belousov, A.L. (2023) Legal support for the development of sustainable and secure information and telecommunications infrastructure. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 500—521. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-500-521>

Введение

Мотивация выбора общественных отношений в области правового обеспечения условий для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры как объекта исследования заключается в том, что на

сегодняшний день активное развитие современных технологий также, как и обусловленные этим процессы цифровизации, являются значимым фактором повышения качества функционирования государственных институтов. Информационные и телекоммуникационные технологии уже давно представляют собой важнейший и неотъемлемый элемент систем управления как в экономическом секторе, так и в области государственного управления. В том числе это касается и сфер, напрямую завязанных на поддержание правопорядка в обществе и обеспечение обороны и безопасности государства.

Для целей настоящего исследования автор под термином «информационно-телекоммуникационная инфраструктура» рассматривает совокупность объектов информационных систем, информационно-телекоммуникационных сетей, автоматизированных систем управления, а также сетей электросвязи, обеспечивающих функционирование и развитие информационного пространства страны и средств информационного взаимодействия. Опираясь на позицию законодателя, нашедшую отражение в Постановлении Правительства от РФ от 26.06.2012 № 644, отметим, что в качестве составных компонентов информационно-телекоммуникационной инфраструктуры выступают информационные технологии, технические и программные средства, информационно-телекоммуникационные сети, предназначенные как непосредственно для целей реализации полномочий государственных органов, так и для обеспечения функционирования информационных систем¹.

В рамках обозначенной темы исследования в качестве отдельной категории рассмотрена критически важная информационная инфраструктура как ключевая составная часть информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. Помимо этого, автором в работе предпринята попытка провести комплексный анализ вопросов обеспечения функционирования устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в частности и информационного пространства в целом. В этой связи в исследовании также затрагивается проблематика регулирования интернет-пространства, вопросы обеспечения защиты персональных данных в информационном пространстве, а также перспективы развития правового поля в области информационной безопасности в целом.

Степень научной разработанности

Говоря о степени научной разработанности заявленной темы важно отметить, что в настоящее время имеется определенная наработанная теоретическая база в данной сфере. Можно выделить ряд ученых, которые в своих трудах затрагивают отдельные аспекты регулирования процессов формирования и развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. Так, А.К. Жарова в своих работах делает акцент на проблематике правового обеспечения безопасности цифровых отношений (Zharova, 2019; Zharova, 2020). В свою очередь Т.А. Полякова обращается к вопросам становления научно-правовых подходов к развитию системы применения цифровых технологий в нормотворчестве, а также проблемам формирования системы международной информационной безопасности

¹ Постановление Правительства РФ от 26.06.2012 № 644 (ред. от 10.10.2020) «О федеральной государственной информационной системе учета информационных систем, создаваемых и приобретаемых за счет средств федерального бюджета и бюджетов государственных внебюджетных фондов» // Собрание законодательства Российской Федерации, 2012, № 27, ст. 3753; 2013, № 5, ст. 402; 2013, № 48, ст. 6259).

(Polyakova & Shinkaretskaya, 2020; Polyakova & Troyan, 2022). Интерес также представляют исследования Г.Г. Шинкарецькой и А.Г. Берман, в рамках которых авторы делают акцент на противодействии правовыми инструментами кибератакам (Shinkaretskaya & Berman, 2022). Помимо этого в фокусе внимания авторов находятся и проблемы обеспечения национальной безопасности в условиях цифровизации (Shinkaretskaya & Berman, 2020).

А.Н. Савенков проводит исследование сущность киберпреступности в финансово-кредитной сфере и инструменты для ее противодействия в аспекте обеспечения глобальной безопасности (Savenkov, 2017). Также и сам автор настоящего исследования неоднократно обращался к вопросам построения современной цифровой экономики в аспекте решения стратегических задач развития государства в целом, и финансового сектора, в частности (Belousov & Levchuk, 2018). Имеет смысл отметить и зарубежные работы по заявленной проблематике (Sicari, Rizzardi & Grieco, 2015; Adelmeyer & Teuteberg, 2018; Buzdugan & Capatana, 2022; Dehling, Lins, & Sunyaev, 2019; Ghafir & Saleem et al, 2018; Leszczyna, 2019; Linkov & Kott, 2019).

Постановка проблемы

Внедрение новых цифровых решений, как в бизнес-процессы субъектов предпринимательских отношений, так и в работу государственных структур, несет в себе новые специфические риски и угрозы. В частности, речь идет о рисках либо утраты, либо нежелательного распространения конфиденциальной информации. Помимо этого можно говорить и об угрозах несанкционированного вмешательства в работу обеспечивающего оборудования и систем хранения и передачи данных. Так, получение доступа к управлению объектами критически важной информационной инфраструктуры посредством взлома информационных систем способно привести к тяжелейшим техногенным авариям и катастрофам. Нарушение работы государственных органов через вмешательство в их информационные сервисы третьих лиц несет в себе угрозы подрыва суверенитета и основ конституционного строя Российской Федерации. Поэтому в условиях цифровизации существенно возрастает роль и значение бесперебойного, устойчивого функционирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры и ее защита от внешних воздействий.

В этой связи задачей государства на современном этапе является становление и дальнейшее развитие устойчивой и безопасной отечественной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры с адаптацией к изменяющимся условиям внешней среды. Для реализации подобной задачи особую роль приобретает отвечающие веяниям времени, полное и четко структурированное правовое поле. Именно в рамках правового регулирования формируется надежный фундамент, опираясь на который возможно создание условий для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в Российской Федерации.

Стратегические направления развития информационной безопасности

Реализация на практике новых цифровых решений, особенно в структурах государственного сектора, без формирования необходимой обеспечивающей безопасность инфраструктуры, увязанной на актуальное правовое регулирование, серьезно повышает риски возникновения реальных киберугроз.

В том числе для минимизации подобных угроз и повышения уровня информационной безопасности в конце 2016 года в рамках Указа Президента РФ была утверждена Доктрина информационной безопасности Российской Федерации² (далее — Доктрина). В ней, в частности, сформулирован четкий понятийный аппарат — даны определения информационной угрозе, информационной безопасности, национальным интересам в информационной сфере, силам, средствам и системе обеспечения информационной безопасности и т.д. Также в Доктрине на основе оценки текущего состояния информационной защищенности и имеющихся ключевых угроз в данной сфере представлены базовые векторы развития информационной безопасности Российской Федерации.

В мае 2017 г. Указом Президента РФ от 09.05.2017 № 203 правовое оформление получает Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 гг. (далее — Стратегия). В п. 15 Стратегии содержится тезис о том, что «Повсеместное внедрение иностранных информационных и коммуникационных технологий, в том числе на объектах критической информационной инфраструктуры, усложняет решение задачи по обеспечению защиты интересов граждан и государства в информационной сфере. С использованием сети „Интернет“ все чаще совершаются компьютерные атаки на государственные и частные информационные ресурсы, на объекты критической информационной инфраструктуры»³.

Также имеет смысл отметить п. 17 Стратегии, в котором обозначена проблема отсутствия работающих на практике международно-правовых механизмов, с помощью которых возможно должным образом обеспечить суверенное право государств как субъектов международного права на регулирование собственного информационного пространства. Это касается также и суверенитета в национальном сегменте сети «Интернет».

В рамках Стратегии формулируется четкий алгоритм действий, с помощью которого возможно обеспечение устойчивого функционирования информационной инфраструктуры Российской Федерации.

Во-первых, отмечается необходимость сформировать на практике единство государственного регулирования. При этом требуется обеспечить централизацию процессов мониторинга и управления работой информационной инфраструктуры. Причем осуществить это следует как на уровне информационных систем, так и в рамках функционирования центров обработки данных и сетей связи.

Во-вторых, предполагается реализовать планомерный переход к использованию инфраструктуры электронного правительства для представителей публичных органов власти.

В-третьих, декларируется идея внедрения в практическую плоскость российских криптоалгоритмов и средств шифрования в рамках электронного взаимодействия властных структур, как между собой, так и в их отношениях с частными субъектами.

В-четвертых, важнейшим положением всей Стратегии можно назвать предложение активизации работы по замене иностранного оборудования и программного

² Указ Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201612060002> (дата обращения: 20.10.2022).

³ Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201705100002> (дата обращения: 29.10.2022).

обеспечения соответствующими отечественными аналогами. Это же касается и подхода к применению электронной компонентной базы. В итоге это позволит повысить уровень технологической и производственной независимости государства в аспекте общей информационной безопасности.

В-пятых, речь идет в том числе о формировании комплексного подхода к защите всей информационной инфраструктуры государства, включая применение российских систем обнаружения и предотвращения киберугроз.

В-шестых, устанавливается вектор развития в отношении расширения использования инструментов предотвращения угроз, возникающих в связи с внедрением новых цифровых решений, посредством применения непрерывного мониторинга информационных систем.

Также в Стратегии закрепляется тезис о важности обеспечения справедливых условий ведения бизнеса для российских разработчиков программного обеспечения. При этом не раскрывается суть «справедливых» условий и что конкретно под этим следует понимать. Здесь стоит отметить, что для стимулирования ведения успешной и самое главное результативной по отношению к конечному продукту предпринимательской деятельности требуется активная поддержка со стороны государства. Особое значение это приобретает в настоящее время в условиях сложной для таких видов бизнеса, как IT-сфера экономической ситуации. Для предпринимателей, ведущих свою работу в области разработки и внедрения новых информационных технологий и программного обеспечения, важнейшее значение имеют следующие факторы:

1. Наличие подготовленных квалифицированных кадров. Здесь мы видим проблему, связанную с оттоком квалифицированных кадров. Это обуславливается как достаточно низким уровнем оплаты труда в сравнении с зарубежными работодателями, так и возможностью российских IT-специалистов в силу специфики самой деятельности работать удаленно на иностранные компании. Выход здесь может быть только один — повышение уровня оплаты труда для российских специалистов в области информационных технологий, работающих над разработкой отечественных IT-продуктов. Помимо этого, возможны и другие стимулирующие инструменты, способные оставить подобный интеллектуальный капитал в российской юрисдикции. Это могут быть и льготные ипотечные программы, и дополнительные налоговые льготы, и отсрочка от исполнения воинской обязанности и т.д. Также должны быть предложены широкие возможности и получения дополнительного образования, и проведения научных исследований, и повышение квалификации через прохождение стажировок, участия в конференциях и других современных площадках для обмена информацией.

2. С учетом венчурного характера большинства видов подобной предпринимательской деятельности значимое место стоит отвести инструментами грантовой поддержки со стороны государства, а также минимизации фискальной нагрузки на подобные сегменты бизнеса. Здесь возможно применение целого спектра фискальных льгот, включая налоговые каникулы, обеспечение доступа к «дешевым» кредитам посредством субсидирования процентных ставок, а также выставления государственных и муниципальных гарантий перед кредитными организациями.

3. Обеспечение государственного заказа на продукцию российских IT-компаний. Именно государство, выделяя значительные объемы финансовых ресурсов и используя прозрачную систему их распределения, должно стимулировать российских предпринимателей выбирать IT-индустрию как перспективный и доходный вид бизнеса.

Обеспечение безопасности критически важной инфраструктуры

Далее, важнейшим шагом на пути становления полноценного правового поля, обеспечивающего устойчивое и безопасное функционирование информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, стало принятие в 2017 году Федерального закона от 26.07.2017 № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации» (далее — Закон о КИИ).

Статья 5 Закона о КИИ посвящена регулированию государственной системы обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы Российской Федерации. При этом под государственной системой обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы понимается единый территориально распределенный комплекс, включающий силы и средства, предназначенные для обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак и реагирования на компьютерные инциденты⁴.

Закон о КИИ стал важным шагом на пути формирования необходимого правового поля в области информационной безопасности. Однако спустя уже более пяти лет с момента принятия данного акта имеет смысл отметить отдельные моменты в его регуляторном воздействии, которые требуют устранения и корректировки. В частности, можно согласиться с мнением Э.В. Горян, которая отмечает отсутствие четких критериев отнесения к субъектам критической информационной инфраструктуры, что порождает, по словам автора, «замедление идентификации критических информационных систем и эффективность обеспечения ее безопасности» (Goryan, 2018).

Также в рамках формирования законодательства в области регулирования безопасности критической информационной инфраструктуры Федеральным законом от 26.07.2017 № 194-ФЗ в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) вводится ст. 274.1 УК РФ, предусматривающая уголовную ответственность за неправомерное воздействие на критическую информационную инфраструктуру Российской Федерации⁵.

Уже в 2021 году на основании Федерального закона от 26.05.2021 № 141-ФЗ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) дополняется нормами в рамках ст. 13.12.1. КоАП РФ, устанавливающими административную ответственность за нарушение требований в области обеспечения безопасности критической информационной инфраструктуры⁶. При этом в целом в главе 13 КоАП РФ содержится обширный перечень составов

⁴ Федеральный закон от 26.07.2017 № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201707260023> (дата обращения: 20.10.2022).

⁵ Федеральный закон от 26.07.2017 № 194-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации“». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201707260041> (дата обращения: 12.11.2022).

⁶ Федеральный закон от 26.05.2021 № 141-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105260038> (дата обращения: 12.11.2022).

административных правонарушений в области защиты информации и связи. Помимо этого обозначенный Закон внес дополнения, касающиеся информационной безопасности, и в другие главы КоАП РФ.

В развитие положений Закона о КИИ в начале 2018 г. принимаются Постановление Правительства РФ от 08.02.2018 № 127⁷ и Постановление Правительства РФ от 17.02.2018 № 162⁸, определяющие правила категорирования, перечень критериев значимости объектов критической информационной инфраструктуры, а также правила осуществления государственного контроля в данной области.

Также имеет смысл отметить утвержденные Постановлением от 29 сентября 2018 г. «Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2024 года» и, в частности, раздел 2 под названием «Цифровизация и научно-технологическое развитие». В данном разделе сформулирован тезис о том, что Правительством РФ будет реализован комплекс мер, направленных на создание устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, а также обеспечение условий (в том числе разработка нормативно-правового регулирования) для широкого распространения цифровых технологий⁹.

По итогам заседания президиума Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам 24 декабря 2018 г. утвержден паспорт национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации». В рамках данного документа одна из целей сформулирована как «создание устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры высокоскоростной передачи, обработки и хранения больших данных»¹⁰.

В 2020 г. получает правовое оформление в рамках отдельного федерального закона идея объединения ключевых сведений о населении страны в единый общий регистр¹¹. Запуск данного регистра в соответствии с Постановлением Правительства от 12.10.2021 № 1738 намечен на 2023 г.¹²

⁷ Постановление Правительства РФ от 08.02.2018 № 127 (ред. от 24.12.2021) «Об утверждении Правил категорирования объектов критической информационной инфраструктуры Российской Федерации, а также перечня показателей критериев значимости объектов критической информационной инфраструктуры Российской Федерации и их значений. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201802130006> (дата обращения: 12.11.2022).

⁸ Постановление Правительства РФ от 17.02.2018 № 162 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля в области обеспечения безопасности значимых объектов критической информационной инфраструктуры Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201802210006> (дата обращения: 22.11.2022).

⁹ «Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2024 года» (утв. Правительством РФ 29.09.2018 № 8028п-П13).

¹⁰ Паспорт национального проекта «Национальная программа „Цифровая экономика Российской Федерации“» (утв. президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 04.06.2019 № 7).

¹¹ Федеральный закон от 08.06.2020 № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202006080019> (дата обращения: 12.11.2022).

¹² Постановление Правительства Российской Федерации от 12.10.2021 № 1738 «О сроках перехода субъектов Российской Федерации и муниципальных образований на использование сведений, содержащихся в едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации, в целях, определенных пунктом 3 части 2 статьи 4 Федерального закона «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации», на переходный период». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202110140029> (дата обращения: 11.12.2022).

Новый информационный источник, получивший название единый федеральный информационный регистр (далее — ЕРН), агрегирует в себе огромный массив сведений о населении, которые на сегодняшний день содержатся в множестве различных ведомств. В ЕРН, в частности, войдет информация о фамилии, имени, отчестве, дате и месте рождения физических лиц, их гражданстве, семейном положении, а также номер СНИЛС и ИНН. Полномочия по ведению ЕРН возлагаются на Федеральную налоговую службу (далее — ФНС), которая также обязана обеспечить безопасность и конфиденциальность данной информации. В отношении ЕРН важно отметить значимость защиты содержащейся в нем информации. Для этих целей предполагается тестирование на безопасность ЕРН в уполномоченных органах. Помимо этого на основании Постановления Правительства от 31.12.2020 № 2440 устанавливается применение усиленной квалифицированной электронной подписи при формировании и ведении ЕРН¹³.

Обращает на себя внимание и Проект постановления «О государственной информационной системе «Типовое облачное решение системы электронного документооборота» (далее — Проект Постановления). В целом, задачей государственной информационной системы (далее — ГИС) является обеспечение функционирования электронного делопроизводства и электронного документооборота между публичными структурами.

В рамках данного Проекта Постановления четко прописываются полномочия оператора, в том числе и в области обеспечения информационной безопасности. Так, оператор обязан обеспечить соблюдение требований информационной безопасности, включая защиту данных, размещенных в государственной информационной системе.

Для обеспечения защиты информации в ходе создания, эксплуатации и развития государственной информационной системы осуществляются:

- формирование требований к защите информации, содержащейся в государственной информационной системе;
- применение сертифицированных по требованиям безопасности информации средств защиты информации;
- защита информации при ее передаче по информационно-телекоммуникационным сетям.

Также закрепляется положение о том, что ГИС должна опираться как на программно-технические средства, преимущественно российского производства, так и на их размещение на территории государства.

В соответствии с Проектом Постановления пользователи ГИС самостоятельно обеспечивают адаптацию автоматизированных рабочих мест, с которых происходит подключение к ГИС, и информационных систем, в состав которых входят указанные автоматизированные рабочие места, требованиям законодательства.

Распоряжением Правительства Российской Федерации от 20.02.2021 № 431-р с горизонтом планирования до 2025 г. утверждена Концепция цифровой и функциональной трансформации социальной сферы. Профильными субъектами здесь

¹³ Постановление Правительства Российской Федерации от 31.12.2020 № 2440 «Об утверждении Правил использования усиленной квалифицированной электронной подписи при формировании и ведении единого федерального информационного регистра, содержащего сведения о населении Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202101090018>. (дата обращения: 11.12.2022).

являются Министерство труда и социальной защиты Российской Федерации, Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации и федеральные учреждения медико-социальной экспертизы. В отношении них предполагается формирование соответствующей информационно-технической инфраструктуры с обязательным учетом необходимости максимизации использования российских импортозамещенных решений и постоянного повышения уровня информационной защищенности и обеспечения кибербезопасности¹⁴. Основой информационной инфраструктуры данных субъектов является единая цифровая платформа, для которой и должен быть разработан комплекс эффективных мер, направленных на защиту информации и повышение устойчивости работы всей системы.

Важное место в системе поддержания устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в Российской Федерации занимает деятельность Федеральной службы по техническому и экспортному контролю (далее — ФСТЭК России). Одна из ключевых ее задач заключается в обеспечении безопасности (некриптографическими методами) информации в системах информационной и телекоммуникационной инфраструктуры, которые оказывают или могут оказать существенное влияние на безопасность государства в информационной среде.

ФСТЭК России в рамках своих полномочий выпускает различного рода документацию, направленную на регулирование функционирования ключевых систем информационной инфраструктуры. Так, ФСТЭК России 24 марта 2022 г. выпустило Информационное сообщение № 240/22/1549 «О мерах по повышению защищенности информационной инфраструктуры». В нем, в частности, содержится тезис о том, что в настоящее время в отношении объектов критической информационной инфраструктуры Российской Федерации зарубежными хакерскими группировками осуществляются масштабные компьютерные атаки.

В качестве примера можно привести статистику по количеству заведенных уголовных дел, напрямую связанных с кибератаками и воздействием на критически важную инфраструктуру. Так, в 2020 году таких дел было 22, в то время как в 2021 уже 70.

Особенности регулирования интернет-пространства

Достаточно резонансным стал принятый в середине 2021 г. Федеральный закон от 01.07.2021 № 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на территории Российской Федерации». Под его новые требования попали иностранные IT-компании, работающие в российском сегменте сети «Интернет» и обладающие аудиторией более 500 тыс. человек в сутки. В соответствии с положениями данного закона такие организации с 2022 г. для возможности продолжения работы обязаны создавать свои филиалы, открывать представительство либо учреждать российские юридические лица, а также им необходимо зарегистрировать личный кабинет на сайте Роскомнадзора для взаимодействия с органами власти и установить на информационном ресурсе

¹⁴ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 20.02.2021 № 431-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202103010045> (дата обращения: 11.12.2022).

рекомендованный счетчик посещаемости¹⁵. Как представляется, ключевой целью подобного шага со стороны законодателя является побуждение крупнейших зарубежных представителей IT-сферы к сотрудничеству с государством и соблюдению российских нормативных актов.

При этом важнейшим базовым актом в области использования информационных технологий и обеспечения защиты информации на сегодняшний день продолжает оставаться Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее — Закон об информации).

Помимо названного выше Закона об информации стоит отметить и Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), также затрагивающей регулирование отношений в рассматриваемой сфере. Именно в эти два нормативных акта были внесены значимые и достаточно резонансные изменения Федеральным законом от 01.05.2019 № 90-ФЗ.

Данный закон на практике получил неофициальное название «Закон о суверенном Рунете». Его основной целью было формирование условий для стабильной работы российского сегмента сети Интернет в случае отказа в доступе к зарубежным корневым серверам и соответствующей маршрутной информации. В частности, с целью обеспечения условий для устойчивой работы сети Интернет в Российской Федерации и предотвращения угроз его «отключения» со стороны зарубежных государств или корпораций, на операторов возлагается обязанность передавать в Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) определенные виды предусмотренной законом технической информации.

Также данным нормативным актом дополняется Закон о связи, в рамках которого начинает действовать гл. 7.1 «Обеспечение устойчивого, безопасного и целостного функционирования на территории Российской Федерации информационно-телекоммуникационной сети Интернет».

В частности, был установлен порядок проведения учений в целях приобретения практических навыков по обеспечению устойчивого, безопасного и целостного функционирования Интернета на территории РФ.

Особо стоит отметить утверждение 29 декабря 2021 г. Правительством Российской Федерации Правил ведения перечня отечественных социально значимых информационных ресурсов (далее — Правила). Данными Правилами вводится четкий порядок ведения перечня отечественных социально значимых информационных ресурсов, при доступе к которым услуги связи по передаче данных и по предоставлению доступа к сети «Интернет» оказываются гражданам Российской Федерации без взимания платы. Помимо этого в Правилах закрепляются критерии отбора сайтов в сети «Интернет», информационных систем и программного обеспечения для их включения в данный перечень. Это имеет особую актуальность и значимость в условиях наличия реальных угроз внешнего воздействия на российскую информационную инфраструктуру.

¹⁵ Федеральный закон от 01.07.2021 № 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на территории Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107010014> (дата обращения: 11.12.2022).

Защита персональных данных в информационном пространстве

Стоит сказать также о такой проблеме, как утечка персональных данных граждан. Опасность этого заключается в том, что доступ к таким персональным данным получают недобросовестные субъекты. В частности, в последние годы значительно выросло число преступлений, связанным с так называемым «телефонным» мошенничеством. Как правило, преступники опираются в том числе на купленные базы персональных данных. Сегодня нарушение правового поля в области персональных данных регулируется статьей 13.11 КоАП РФ. В рамках решения данного вопроса в мае 2022 г. в окончательном варианте был представлен Законопроект о внесении изменений в КоАП РФ в части усиления ответственности за утечки персональных данных граждан (далее — Законопроект). Так, в соответствии с Законопроектом для представителей бизнеса предусматривается штраф в размере 1 % от годового оборота за утечку персональных данных клиентов. А в случае, если имело место сокрытие распространения данных, предполагается увеличение размера штрафа до 3 % от оборота субъекта хозяйствования. Также на предпринимателей предполагается возложить обязанность в течение суток с момента утечки конфиденциальной информации уведомлять о ней Роскомнадзор. Помимо этого в течение 72 часов необходимо предоставить результаты расследования инцидента с указанием виновника.

6 июня 2022 г. законопроект был принят Госдумой в третьем чтении. Однако, как представляется, подобное ужесточение ответственности представителей бизнеса в условиях внешнего санкционного давления и объективных экономических проблем может негативным образом повлиять на финансовую устойчивость предпринимателей. В этой связи имеет смысл пересмотреть сформулированные в законопроекте положения. В частности, возможно предусмотреть наказание только за второй случай утечки информации — в виде фиксированного штрафа. А за третью и последующие — уже оборотный штраф. Еще одним инструментом борьбы с утечкой и неправомерным использованием персональных данных может стать институт аккредитации представителей бизнеса на предмет обеспечения информационной безопасности. В рамках данного механизма будет подтверждаться на соответствие принятые в организации меры по защите персональных данных.

Развитие правового поля в области информационной безопасности

В 2021 г. была обновлена Стратегия национальной безопасности России. В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 02.07.2021 г. № 400 утверждается Стратегия национальной безопасности Российской Федерации (далее — Стратегия), одной из отличительных черт которой является усиление акцентов именно на обеспечение информационной безопасности. В рамках Стратегии закрепляется важнейший на сегодняшний день тезис о том, что «информационное пространство выступает новой сферой ведения военных действий». В Стратегии указано, что «Российская Федерация также стремится к повышению эффективности многостороннего сотрудничества на важных для мирового сообщества направлениях, в числе которых международная информационная безопасность»¹⁶.

¹⁶ Указ Президента Российской Федерации от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001> (дата обращения: 11.12.2022)

Важным событием, связанным с программой импортозамещения в аспекте обеспечения информационной безопасности государства, можно назвать принятие в августе 2021 г. Постановления Правительства Российской Федерации от 28.08.2021 № 1432. В нем закрепляется запрет на проведение государственных закупок в отношении планшетов, ноутбуков, портативных компьютеров, серверов и интегральных микросхем, относящихся к категории импортных¹⁷.

Правительством Российской Федерации 9 сентября 2021 г. была утверждена новая «дорожная карта» по развитию IT-отрасли. План мероприятий под названием «Создание дополнительных условий для развития отрасли информационных технологий» предусматривает среди прочего ввод в эксплуатацию трех сегментов киберполигона, предназначенного для обучения и тренировки широкого спектра различных субъектов, задействованных в противодействии киберугрозам¹⁸. Идея создания киберполигона была заложена в федеральном проекте «Информационная безопасность» национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации»¹⁹. Сам по себе киберполигон представляет собой виртуальную копию инфраструктуры субъектов различных сфер. Наибольшая его востребованность имеет место для отраслей электроэнергетики, транспорта, связи и оборонно-промышленного комплекса. Использование киберполигона дает возможность в условиях, максимально приближенных к практике, отработать навыки по оперативному выявлению угроз и противодействию кибератакам.

Также имеет смысл отметить Распоряжение Правительства Российской Федерации от 22.10.2021 № 2998-р, утвердившем новую Концепцию цифровой трансформации государственного управления (далее — Концепция), в рамках которой четкий вектор развития придается идее цифровой перестройки государственного управления. Одной из задач подобной трансформации, согласно утвержденной Концепции, декларируется рост уровня надежности и безопасности информационных систем, а также обеспечение технологической независимости информационно-технологической инфраструктуры от зарубежного программного обеспечения и оборудования²⁰. Помимо этого в Концепции формулируются ключевые стратегические риски, связанные с информационной безопасностью. Речь, в частности, идет об отсутствии должного правового регулирования, способного обеспечить автоматизированный сбор социально-экономических показателей, необходимых для принятия взвешенных и просчитанных управленческих решений. Также поднят вопрос о нехватке цифровых компетенций у большей части работников государственного аппарата и проблемах, связанных с переходом взаимодействия внутри государственных структур на электронный документооборот.

¹⁷ Постановление Правительства Российской Федерации от 28.08.2021 № 1432 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202108310011> (дата обращения: 11.12.2022).

¹⁸ План мероприятий («дорожная карта») «Создание дополнительных условий для развития отрасли информационных технологий» (утв. Правительством РФ 9 сентября 2021 г.). Режим доступа: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/1484752/#review> (дата обращения: 11.12.2022).

¹⁹ Паспорт национального проекта «Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации» (утв. президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 04.06.2019 № 7).

²⁰ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 22.10.2021 № 2998-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202110260034> (дата обращения: 11.12.2022).

В конце 2021 года выходят в свет сразу несколько Распоряжений Правительства Российской Федерации, утвердившие Стратегические направления в области цифровой трансформации в сфере образования²¹, здравоохранения²², экологии и природопользования²³, в отраслях агропромышленного и рыбохозяйственного комплекса²⁴, обрабатывающих отраслях промышленности²⁵, а также транспортной²⁶ и строительной²⁷ отраслях. В каждом из этих актов, в большей или меньшей степени, прямо или косвенно, затрагиваются вопросы необходимости выстраивания работы по обеспечению информационной безопасности.

В начале 2022 года в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 17.01.2022 № 15 наряду с Министерством цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации (далее — Минцифры РФ) полномочия в области определения политики в сфере информационной безопасности получает и Министерство обороны Российской Федерации (далее — Минобороны РФ)²⁸.

В марте 2022 года Постановлением Правительства РФ от 02.03.2022 № 279 создается государственная информационная система «Платформа «Центр хранения электронных документов» (далее — платформа). Оператором платформы выступает Минцифры РФ. Одной из ключевых функций платформы является защита информации от несанкционированного доступа, искажения, удаления или блокирования²⁹.

Также с марта 2022 г. на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 28.12.2021 г. № 2518 вводится запрет для иностранных юридических лиц осуществлять отдельные виды деятельности в области информационной безопасности, если они отнесены к компетенции Федеральной службы безопасности России и Федеральной службы по техническому и экспортному контролю России³⁰.

²¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 02.12.2021 № 3427-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112070025> (дата обращения: 11.12.2022).

²² Распоряжение Правительства Российской Федерации от 29.12.2021 № 3980-р (31.12.2021). Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112310112> (дата обращения: 11.12.2022).

²³ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 08.12.2021 № 3496-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112140019> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁴ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 29.12.2021 № 3971-р (31.12.2021). Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112310100> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁵ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 06.11.2021 № 3142-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202111090018> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁶ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 21.12.2021 № 3744-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112270030> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁷ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 27.12.2021 № 3883-р. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112290003> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁸ Указ Президента Российской Федерации от 17.01.2022 № 15 «О внесении изменений в Положение о Министерстве обороны Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 16 августа 2004 г. № 1082, и Положение о Генеральном штабе Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 23 июля 2013 г. № 631. Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202201170005> (дата обращения: 11.12.2022).

²⁹ Постановление Правительства РФ от 02.03.2022 N 279 "О государственной информационной системе «Платформа «Центр хранения электронных документов»». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202203030024> (дата обращения: 11.12.2022).

³⁰ Постановление Правительства Российской Федерации от 28.12.2021 № 2518 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам лицензирования отдельных видов деятельности и признании утратившим силу отдельного положения акта Правительства Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202112300215> (дата обращения: 20.12.2022).

В апреле 2022 г., в ответ на недружественные действия со стороны отдельных стран и групп государств, в целях обеспечения технологического суверенитета Российской Федерации в области устойчивости и развития КИИ, Указом Президента РФ от 14 апреля 2022 г. № 203 создается Межведомственная комиссия Совета Безопасности Российской Федерации по вопросам обеспечения технологического суверенитета государства в сфере развития критической информационной инфраструктуры Российской Федерации. На комиссию, в частности, возложена функция по прогнозированию, выявлению и оценке внутренних и внешних угроз национальной безопасности в ряде сфер, связанных с развитием информационных технологий³¹.

Таким образом, в рамках данного правового акта закрепляются принципы и алгоритмы принятия решений по вопросам создания безопасной и автономной отечественной информационной инфраструктуры как ответ на недружественные действия со стороны ряда зарубежных партнеров. В условиях реальных угроз обострения киберпротивостояния это становится действительно важным вопросом.

Также в апреле 2022 г. публикуется указ Президента Российской Федерации №166, посвященный вопросам приобретения и применения отечественных средств радиоэлектроники и программного обеспечения некоторыми структурами, отнесенными к субъектам КИИ³².

Для поддержки и стимулирования развития российской IT-индустрии Постановлением Правительства Российской Федерации от 06.04.2022 г. № 598 увеличены размеры грантов, предоставляемых на поддержку проектов по разработке и внедрению отечественных решений в IT-сфере. В частности, закреплены минимальный (20 млн руб.) и максимальный (500 млн руб.) размеры гранта. Исключение здесь будут составлять особо значимые проекты, для которых максимальный размер гранта может составлять до 6 млрд руб. В том числе и для этих целей законодателем сформулировано понятие особо значимого проекта. Под ним следует понимать ключевые проекты, разработка которых направлена на устранение рисков и последствий ограничительных мер и обеспечение ускоренного развития отрасли информационных технологий.

Так же как одну из льгот можно рассматривать возможность увеличения сроков реализации проекта при предоставлении необходимых обоснований. Однако здесь действует ограничение на продление сроком не более чем на 6 месяцев. Помимо этого важной новацией можно считать снижение требований по софинансированию проекта за счет средств получателя гранта с 50 до 20 процентов³³.

Стоит отметить также и потенциальные изменения действующего правового регулирования становления устойчивой информационной инфраструктуры,

³¹ Указ Президента РФ от 14 апреля 2022 г. № 203 «О Межведомственной комиссии Совета Безопасности Российской Федерации по вопросам обеспечения технологического суверенитета государства в сфере развития критической информационной инфраструктуры Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202204140035> (дата обращения: 11.12.2022).

³² Указ Президента Российской Федерации от 30.03.2022 № 166 «О мерах по обеспечению технологической независимости и безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202203300001> (дата обращения: 11.12.2022).

³³ Постановление Правительства Российской Федерации от 06.04.2022 г. № 598 «О внесении изменений в Правила предоставления субсидии из федерального бюджета Российской Федерации на развитие информационных технологий на поддержку проектов по разработке и внедрению российских решений в сфере информационных технологий». Режим доступа: <http://government.ru/docs/all/140306/> (дата обращения: 11.12.2022).

в результате которых предложения по реформированию, находящиеся в данный момент в статусе проектов, в ближайшей перспективе могут принять силу полноценных правовых актов. Так, ФСТЭК России опубликовала проект о внесении изменений в статью 16 Закона об информации. Основная суть изменений заключается в установлении требований о защите информации, обладателями которой являются государственные органы, вне зависимости от места ее хранения или обработки³⁴.

Эти изменения направлены на решение проблемного вопроса, связанного с тем, что в настоящее время государственные органы поручают обработку информации, обладателями которой они являются, подведомственным организациям, коммерческим организациям, информационные системы которых не относятся к государственным. Вследствие этого имеет место снижение уровня защищенности информации, относящейся к государственным информационным ресурсам.

Кроме того, важно назвать еще один проект изменений Закона об информации, связанный с введением в правовое поле определения государственной единой облачной платформы (далее — «ГосОблако»)³⁵. Легальное закрепление понятия «ГосОблако», как представляется, придаст импульс позитивным изменениям в регулировании защиты и доступности данных. Целью проекта «ГосОблако» является предоставление органам власти защищенной единой облачной платформы. В целом история создания проекта «ГосОблако» тянется еще с 2015 г., когда была представлена первая концепция единой облачной платформы для органов власти. При этом в 2019 г. эта концепция подверглась значительной доработке и переосмыслению.

Отметим Указ Президента Российской Федерации от 01.05.2022 г. № 250, которым устанавливается обязанность формирования в каждом ведомстве, учреждении и системообразующих организациях специального подразделения. Они призваны курировать вопросы оперативного обнаружения, предупреждения и ликвидации угроз информационной безопасности³⁶. Как представляется, данный нормативный акт является одним из регуляторных инструментов достижения базовой цели в вопросе обеспечения технологического суверенитета государства. Далее в рамках исполнения этого Указа Президента исполнительные органы власти федерального уровня формируют конкретные требования к управленцам высшего звена, ответственным за кибербезопасность в государственных органах и корпорациях.

Распоряжением Правительства РФ от 22.06.2022 № 1661-р утвержден список организаций, которым обязаны провести аудит защищенности на предмет обеспечения должной информационной безопасности³⁷. Субъектам, перечисленным в указанном распоряжении, необходимо реализовать комплекс мероприятий по оценке уровня защищенности своих информационных систем с привлечением организаций,

³⁴ Проект о внесении изменений в статью 16 Федерального закона об информации, информационных технологиях и о защите информации: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=120094>

³⁵ Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Режим доступа: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=122604> (дата обращения: 11.12.2022).

³⁶ Указ Президента Российской Федерации от 01.05.2022 г. № 250 «О дополнительных мерах по обеспечению информационной безопасности Российской Федерации». Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/47796> (дата обращения: 11.12.2022).

³⁷ Распоряжение Правительства РФ от 22.06.2022 № 1661-р «Об утверждении перечня ключевых органов (организаций), которым необходимо осуществить мероприятия по оценке уровня защищенности своих информационных систем с привлечением организаций, имеющих соответствующие лицензии ФСБ России и ФСТЭК России». Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202206240033> (дата обращения: 11.12.2022).

имеющих лицензии ФСБ России и ФСТЭК России. Предполагается, что результаты аудита будут влиять на принятие решений при дальнейшей разработке мер по обеспечению безопасности информационных ресурсов государства.

Отдельно стоит сказать и о необходимости развития нормативной базы в области отношений, связанных с созданием и использованием распределенного реестра, который также может рассматриваться как элемент критически важной информационной инфраструктуры. С одной стороны, бизнес очень восприимчив к подобного рода технологиям, и в первую очередь предприниматели являются драйвером для развития более широкого использования блокчейна (Belousov & Shustrov, 2022). Вместе с тем важна четко сформулированная позиция государства по вопросу подхода к криптовалютам, а также детальное регулирование отношений в области блокчейн-технологий. Здесь имеет смысл ориентироваться уже на накопленный зарубежный опыт (Tvaronavičienė, Plėta, Casa & Latvys, 2020). Так, во многих государствах на протяжении длительного периода идут дискуссии относительно перспектив рассмотрения биткоина в качестве стандартной валюты (Ciaian, Rajcaniova & d'Artis, 2018). В большинстве теоретических исследований европейских и американских ученых прослеживается четкий тезис относительно приравнивания криптовалюты к категории «другое имущество» и рассматривать ее как полноценный актив (Vandezande, 2017).

Заключение

В области обеспечения условий для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры уже сформировано обширное правовое поле, которое продолжает дополняться необходимыми регуляторными инструментами.

Вместе с тем в условиях жесткого санкционного давления, которое также сопровождается хакерскими атаками и попытками нарушения целостности критически важной информационной инфраструктуры, имеет место уязвимость отечественной информационно-телекоммуникационной цифровой системы. На это накладывается сохраняющаяся зависимость отечественной информационной инфраструктуры от иностранного программного обеспечения (далее — ПО), которое в значительной степени принадлежит правообладателям, зарегистрированным в юрисдикциях недружественных государств.

Помимо этого имеет место объективный дефицит кадров и слабый уровень подготовки российских IT-специалистов. Усугубляет данную проблему тенденция оттока квалифицированных работников в этой сфере за границу.

Важно также отметить, что наибольшую уязвимость в плане обеспечения безопасности данных и обеспечения устойчивой работы на сегодняшний день имеют информационные системы государственных и муниципальных органов. Это обуславливается в том числе значительным несовершенством закупочных процедур, которые не имеют адаптации под специфику IT-отрасли. Отсутствие гибкости и строгий формализм не позволяют оперативно реагировать на появляющиеся угрозы как в плане приобретения средств защиты, так и в плане привлечения необходимых компетентных в подобных вопросах специалистов.

В настоящее время для решения обозначенных проблем и качественного роста уровня устойчивости и безопасности информационно-телекоммуникационной

инфраструктуры требуется переосмысление существующих подходов к информационной безопасности государства, сопровождаемых изменениями в законодательстве, которые должны быть направлены на адаптацию правового поля в данной сфере под новые условия внешней среды.

Представляется оправданным и необходимым обеспечить качественное развитие российской информационной инфраструктуры, подпадающей под критерии критически важной. Для этого необходимы точечные изменения законодательства уже сейчас с выработкой в ближайшем будущем новой единой концепции, которая станет прообразом и основой для формирования нового, цельного правового института безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. При этом реформирование правового регулирования в данной области отношений должно основываться на сценариях развития информационных технологий на среднесрочную и долгосрочную перспективы с выделением наиболее вероятных ситуационных моделей, в рамках которых специалисты способны определить уязвимые элементы системы, требующие особой защиты и внимания.

Проведя комплексную аналитическую работу по оценке состояния правового регулирования создания условий для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в Российской Федерации, можно прийти к определенным промежуточным *выводам*.

Во-первых, на сегодняшний день имеет место значительное число рекомендательных актов от отдельных уполномоченных органов. С одной стороны, рекомендательный характер подобных актов позволяет подвластным субъектам иметь большую гибкость в принятии решений по вопросам обеспечения устойчивости и безопасности функционирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, в том числе и относящейся к категории КИИ. Также у исполняющих субъектов появляется возможность выбора направлений развития информационно-телекоммуникационной инфраструктуры с учетом специфики той или иной отрасли. Однако, с другой стороны, для обеспечения комплексного характера защиты российской информационно-телекоммуникационной инфраструктуры необходима унификация требований и стандартов. И здесь имеет смысл говорить о том, что наиболее целесообразным как раз видится подход к установлению однородных требований к используемому оборудованию и программному обеспечению для поддержания стабильности и устойчивости функционирования отечественной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры.

Во-вторых, фрагментарное регулирование вопросов развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры не способствует выстраиванию оптимальной правоприменительной практики, которая позволит в полной мере достичь желаемых целей. Имеет определенный смысл объединить имеющееся правовое обеспечение под эгидой отдельного единого нормативно-правового акта. Он может стать основой правового института регулирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры и будет являться хорошей базой для обеспечения развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры в Российской Федерации.

На основе проведенного аудита состояния регуляторного воздействия на условия, необходимые для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, а также сформулированных на базе этого выводов, можно вынести обоснованные *предложения по изменению правового регулирования*

создания условий для развития устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры:

1. Обеспечение благоприятных условий для доступа к инструментам грантовой и кредитной поддержки в отношении ИТ-компаний, которые занимаются разработкой российского ПО.

- Закрепить в рамках нормативно-правового акта понятие «Значимый российский ИТ-проект» и его критерии. Ключевым критерием должно выступать отсутствие российского аналога.

- Нормативно определить ключевые направления грантового финансирования, взяв за основу критерий отсутствия российских аналогов.

- Упрощение процедуры подачи заявок на гранты для ИТ-компаний, которые занимаются разработкой российского ПО и подпадают под критерий значимого российского ИТ-проекта. В частности, в отношении пользовательских продуктов и платформ возможно проводить предварительный отбор заявок через механизм публичного питчинга (публичной защиты проекта).

- Закрепление для значимого российского ИТ-проекта модели субсидирования, при которой от 75 до 90 % расходов будет брать на себя государство.

- Законодательно закрепить возможность для ИТ-компаний, которые занимаются разработкой российского ПО и подпадают под критерий значимого российского ИТ-проекта, предоставлять в качестве обеспечения под привлекаемое заемное финансирование нематериальный залог.

2. Изменение подходов к бюджетному финансированию в целях формирования запроса на проведение фундаментальных прикладных и поисковых научных исследований в области криптографии и защиты информационных ресурсов.

3. Повышение уровня защищенности государственных информационных систем и ресурсов. Ключевое направление изменений правового поля — законодательное закрепление критерия в виде показателя: «минимальная доля в стоимости закупаемого и (или) арендуемого органами власти различных уровней российского программного обеспечения».

4. Внесение изменений в регулирование подходов к выстраиванию образовательной деятельности и формированию образовательных стандартов в сфере среднего специального и высшего образования, направленных на решение проблемы, связанной с низким уровнем кадрового обеспечения функционирования устойчивой и безопасной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры.

В частности, предлагаются следующее направление по изменению правового регулирования в рамках данной проблематики: формирование перечня средних специальных и высших заведений, охватывающих в совокупности не менее 60 % субъектов Российской Федерации. Внедрение в данных учебных заведениях программ целевого набора по предметным областям «Математика», «Информатика», «Информационная безопасность», «Криптография» и «Технология» на следующих условиях:

- оплата обучения за счет средств федерального бюджета;

- на пятилетний срок по окончании обучения гарантированное предоставление рабочего места с заработной платой не ниже, чем 1,2 средней заработной платы по субъекту Федерации для лиц, получивших среднее специальное образование, и не ниже, чем 1,6 средней заработной платы по субъекту Федерации для лиц, получивших высшее образование.

- на пятилетний срок по окончании обучения, в случае трудоустройства по полученной специальности в российские организации, предоставление отсрочки от прохождения обязательной воинской службы.

Помимо этого представляется оправданным решение следующих вопросов:

- обеспечение объективной оценки стратегических рисков в области информационной безопасности;
- анализ информационной инфраструктуры на предмет уязвимости и нарушения штатного режима работы;
- оценка эффективности используемых средств защиты информации и программных продуктов;
- подготовка программы поэтапной модернизации информационной инфраструктуры в аспекте минимизации рисков нарушения устойчивости и безопасности функционирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры.

5. Усиление ответственности за нарушение норм, регламентирующих вопросы обеспечения функционирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры. В частности, как представляется, назрела объективная необходимость пересмотра отдельных положений гл. 28 УК РФ. Так, по мнению автора, имеет смысл ужесточить наказание за деяния, предусмотренные ч. 1 и ч. 2 ст. 274.1 УК РФ «Неправомерное воздействие на критическую информационную инфраструктуру Российской Федерации».

Также стоит обращать внимание на сохранение и развитие инфраструктуры традиционных услуг связи. К ним можно отнести классическую почтовую связь и электросвязь, которые в случае нарушения целостности и устойчивости работы российского цифрового информационного пространства могут стать временной надежной альтернативой для бесперебойной работы государственного аппарата, нормального, полноценного функционирования хозяйствующих субъектов и систем обеспечения обороноспособности и безопасности. Особую актуальность эти вопросы приобретают в настоящее время в условиях беспрецедентного санкционного давления, оказывающего влияние в том числе и на устойчивость функционирования элементов критически важной информационной инфраструктуры.

References / Список литературы

- Adelmeyer, M., & Teuteberg, F. (2018) Cloud computing adoption in critical infrastructures — status quo and elements of a research agenda. In: *MKWI 2018 Proceedings*. Germany, Lüneburg. pp. 1345—1356.
- Belousov, A.L. & Levchuk, E.Yu. (2018) Digitalization of the banking sector. *Finance and credit*. 24(2), 455—464. <https://doi.org/10.24891/fc.24.2.455> (in Russian).
Белоусов А.Л., Левчук Е.Ю. Диджитализация банковского сектора // Финансы и кредит. 2018. Т. 24. № 2. С. 455—464. <https://doi.org/10.24891/fc.24.2.455>
- Belousov, A.L. & Shustrov, A.A. (2022) Opportunities of using the blockchain technology in the insurance industry. *Digest Finance*. 27(1), 89—107. <https://doi.org/10.24891/fc.25.1.196> (in Russian).
Белоусов А.Л., Шустров А.А. Возможности применения технологии блокчейн в сфере страхования // Дайджест-финансы. 2022. Т. 27. № 1. С. 89—107. <https://doi.org/10.24891/fc.25.1.196>
- Buzdugan, A. & Capatana, G. (2022) Cyber security maturity model for critical infrastructures. In: Ciurea, C., Voja, C., Pocatilu, P. & Doinea, M. (eds.) *Education, Research and Business*

- Technologies. Smart Innovation, Systems and Technologies*. Vol. 276. Springer, Singapore. pp. 225—236. https://doi.org/10.1007/978-981-16-8866-9_19.
- Ciaian, P., Rajcaniova, M. & d'Artis, K. (2018) Virtual relationships: Short- and long-run evidence from BitCoin and altcoin markets. *Journal of International Financial Markets, Institutions & Money*. (52), 173—195.
- Dehling, T., Lins, S. & Sunyaev, A. (2019) Security of critical information infrastructures. In: Reuter, C. (ed.) *Information Technology for Peace and Security*. Springer Vieweg, Wiesbaden. pp. 319—339. https://doi.org/10.1007/978-3-658-25652-4_15
- Goryan, E.V. (2018) Institutional mechanisms for ensuring the security of the critical information infrastructure of the Russian Federation and Singapore: a comparative legal aspect. *Administrative and municipal law*. (9), 49—60. <https://doi.org/10.7256/2454-0595.2018.9.27762> (in Russian).
- Горян Э.В. Институциональные механизмы обеспечения безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации и Сингапура: сравнительно-правовой аспект // Административное и муниципальное право. 2018. № 9. С. 49—60. <https://doi.org/10.7256/2454-0595.2018.9.27762>
- Ghafir, I., & Saleem, J. et al. (2018) Security threats to critical infrastructure: the human factor. *The Journal of Supercomputing*. (74), 4986—5002. <https://doi.org/10.1007/s11227-018-2337-2>
- Leszczyna, R (2019) Cybersecurity controls. In: *Cybersecurity in the electricity sector*. Springer, Cham. pp. 181—209. https://doi.org/10.1007/978-3-030-19538-0_7
- Linkov, I. & Kott, A. (eds.). (2019) Fundamental concepts of cyber resilience: introduction and overview. In: *Cyber resilience of systems and networks. Risk, systems and decisions*. Springer, Cham. pp. 1—25. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77492-3_1.
- Polyakova, T.A. & Shinkaretskaya, G.G. (2020) Issues of formation of the international information security system in the context of transformation of law and new challenges and threats. *Law and State: Theory and Practice*. 10(190), 138—142. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2020_10_138 (in Russian).
- Полякова Т.А., Шинкарецкая Г.Г. Проблемы формирования системы международной информационной безопасности в условиях трансформации права и новых вызовов и угроз // Право и государство: теория и практика. 2020. № 10(190). С. 138—142. https://doi.org/10.47643/1815-1337_2020_10_138
- Polyakova, T.A. & Troyan, N.A. (2022) Formation of scientific and legal approaches to the development of a system for the use of digital technologies in rule-making. *Legal policy and legal life*. (1), 43—58. <https://doi.org/10.24412/1608-8794-2022-1-43-58> (in Russian).
- Полякова Т.А., Троян Н.А. Формирование научно-правовых подходов к развитию системы применения цифровых технологий в нормотворчестве // Правовая политика и правовая жизнь. 2022. № 1. С. 43—58. <https://doi.org/10.24412/1608-8794-2022-1-43-58>
- Savenkov, A.N. (2017) Counteracting cybercrime in the financial and credit sphere as a vector for ensuring global security. *State and Law*. (10), 5—8. (in Russian).
- Савенков А.Н. Противодействие киберпреступности в финансово-кредитной сфере как вектор обеспечения глобальной безопасности // Государство и право. 2017. № 10. С. 5—8.
- Shinkaretskaya, G.G. & Berman, A.M. (2020) Digitalization and the problem of ensuring national security. *Education and Law*. (5), 254—260. <https://doi.org/10.24411/2076-1503-2020-10544> (in Russian).
- Шинкарецкая Г.Г., Берман А.М. Цифровизация и проблема обеспечения национальной безопасности // Образование и право. 2020. № 5. С. 254—260. <https://doi.org/10.24411/2076-1503-2020-10544>
- Shinkaretskaya, G.G. & Berman, A.M. (2022) Cyberattacks — the illegal use of digital technologies. *International Law*. (1), 40—50. <https://doi.org/10.25136/2644-5514.2022.1.37271> (in Russian).

- Шинкарецкая Г.Г., Берман А.М.* Кибератаки — противоправное использование цифровых технологий // *Международное право*. 2022. № 1. С. 40—50. <https://doi.org/10.25136/2644-5514.2022.1.37271>
- Sicari, S., Rizzardi, A. & Grieco, L.A. (2015) Coen — Porisini A. Security, privacy and trust in Internet of things: the road ahead. *Computer Networks*. (76), 146—164.
- Tvaronavičienė, M., Plėta, T., Casa, S.D. & Latvys, J. (2020) Cyber security management of critical energy infrastructure in national cybersecurity strategies: cases of USA, UK, France, Estonia and Lithuania. *Insights into Regional Development*. 2(4), 802—813. [https://doi.org/10.9770/IRD.2020.2.4\(6\)](https://doi.org/10.9770/IRD.2020.2.4(6))
- Vandezande, N. (2017) Virtual currencies under EU anti — money laundering law. *Computer law & Security review*. (33), 341—353.
- Zharova, A.K. (2019) Legal support of information security in “smart cities”. *Lawyer*. (12), 69—76. <https://doi.org/10.18572/1812-3929-2019-12-69-76> (in Russian).
Жарова А.К. Правовое обеспечение информационной безопасности в «умных городах» // Юрист. 2019. № 12. С. 69—76. <https://doi.org/10.18572/1812-3929-2019-12-69-76>
- Zharova, A.K. (2020) Issues of ensuring the security of a person's digital profile. *Lawyer*. (3), 55—61. <https://doi.org/10.18572/1812-3929-2020-3-55-61> (in Russian).
Жарова А.К. Вопросы обеспечения безопасности цифрового профиля человека // Юрист. 2020. № 3. С. 55—61. <https://doi.org/10.18572/1812-3929-2020-3-55-61>

Сведения об авторе:

Белусов Андрей Леонидович — кандидат экономических наук, доцент департамента правового регулирования экономической деятельности, Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации; Российская Федерация, 125167, г. Москва, Ленинградский пр-т, д. 49

ORCID ID: 0000-0002-9069-8830; ResearcherID: L-2766-2018; SPIN-код: 3633-3515

e-mail: andreybelousov@mail.ru

albelousov@fa.ru

About the author:

Andrey L. Belousov — Candidate of Economic Sciences, Associate Professor of the Department of Legal Regulation of Economic Activities, Financial University under the Government of the Russian Federation; 49 Leningradsky prospect, Moscow, 125167, Russia Federation

ORCID ID: 0000-0002-9069-8830; ResearcherID: L-2766-2018; SPIN-code: 3633-3515

e-mail: andreybelousov@mail.ru

albelousov@fa.ru



РЕЦЕНЗИИ. НАУЧНЫЕ ФОРУМЫ REVIEWS. SCIENTIFIC FORUMS

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-522-532>
EDN: GZKXCP

Информационная статья / Information Article

Обзор научно-методического семинара «Синергетический подход в государствовопонимании: проблемы и развитие»

А.М. Монгуш , В.С. Никитина  

Российский университет дружбы народов, г. Москва, Российская Федерация
 nikitina-vs@rudn.ru

Аннотация. 15 декабря 2022 года кафедра теории права и государства юридического института РУДН провела научно-методологический семинар по теме «Синергетический подход в государствовопонимании: проблемы и развитие». К участию в семинаре привлечены: профессорско-преподавательский состав института, аспиранты и студенты. Работа семинара организована с учетом личного и дистанционного присутствия участников и слушателей семинара.

Ключевые слова: методология, синергетика, синергетический подход, государство, государствовопонимание

Конфликт интересов: Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 20 ноября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Монгуш А.М., Никитина В.С. Обзор научно-методического семинара «Синергетический подход в государствовопонимании: проблемы и развитие» // RUDN Journal of Law. 2023. Т. 27. № 2. С. 522—532. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-522-532>

© Монгуш А.М., Никитина В.С., 2023



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

Review of the scientific and methodological seminar Synergetic Approach in State Understanding: Challenges and Development

Aelita M. Mongush , Valentina S. Nikitina  

RUDN University, Moscow, Russian Federation

nikitina-vs@rudn.ru

Abstract. On December 15, 2022, the Department of Theory of Law and the State of the Law Institute of the RUDN University held a scientific and methodological seminar on the Synergetic Approach in State Understanding: Challenges and Development. A wide range of people were involved in the seminar: the faculty of the department, graduate students of the department and students of the Law Institute. The work of the seminar suggested personal and remote presence of the participants and observers.

Key words: methodological seminar, synergetics, synergetic approach, state, state understanding

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 10th March 2023

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Mongush, A.M., Nikitina, V.S. (2023) Review of the scientific and methodological seminar Synergetic Approach in State Understanding: Challenges and Development. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 522—532. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-522-532>

Кафедра теории права и государства юридического института РУДН 15 декабря 2022 г. провела научно-методологический семинар. Тема семинара: «Синергетический подход в государствовопимании: проблемы и развитие». Основным докладчиком являлся к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права, трудового права ФГАОУ ВО «Южно-Уральский государственный университет (национальный исследовательский университет)» А.В. Зырянов.

К участию в семинаре приглашены профессорско-преподавательский состав института, аспиранты и студенты РУДН. Формат участия — очный и дистанционный.

Открыл научно-методологический семинар д.ю.н., профессор кафедры теории права и государства Н.А. Власенко, который выступил с приветственным словом и сообщил следующее.

В самом обобщенном виде синергетика, как одно из направлений теории систем, представляет собой изучение процессов их самоорганизации, иногда в этой связи говорят о сложноорганизованных системах. В объекте синергетики — проблемы взаимоперехода, взаимодополняемости и, главное, ликвидации хаоса и энтропии. Однако в теории права многими современными методологами роль синергетики сильно преувеличена. Например, В.А. Грунина пишет, что «на базовом уровне всеобщих методов в качестве методологической основы выступает взаимодополнительность синергетики и диалектического подхода»¹. По мысли автора, синергетический метод достиг такой широты и объема, что его можно поставить

¹ Грунина В.А. Синергетические основы правового регулирования: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Владимир. 2006. С. 6.

рядом с диалектическим подходом. Заметим, что ученый, размышляя о взаимодополнительности «всеобщих» методов», на первое место ставит синергетический.

Представляется, что синергетика есть не что иное как прием в системном подходе, известном достаточно давно. С.С. Алексеев еще в 1975 г. писал, что право как система — такое специфическое социальное явление, которое представляет собой нечто среднее, промежуточное между «просто» организованной и органичной системами. По мысли ученого, право — сложная и во многом саморганизованная система, и вывод этот был сделан благодаря изучению и применению системного подхода, о чем он сам пишет в начале книги². Скажем больше: системный подход невозможен без того, чтобы не рассматривать целое и части вне их самоорганизации, самосохранения и преодоления энтропии и иных возмущений³. На этих идеях много лет назад было построено и мое исследование о роли коллизионных норм в системе права⁴. Право — сложное, полиструктурное образование, обладающее всеми основными свойствами, присущими системам вообще. Современное право, как высокоорганизованная система, характеризуется наличием и таких свойств, как «частичная саморегуляция», «самоуправление» и др. Разновидностью внутренних возмущений в праве выступают коллизии, за исключением конкуренции норм. Система права в силу таких «внутренних пружин», как самоорганизация и самосохранение, способна противостоять возникающим противоречиям и другим несогласованностям. Таким средством являются коллизионные нормы как, подчеркнем, необходимый компонент системы права. Как видно, здесь системный метод позволил сделать необходимые выводы, и совершенно не потребовалось говорить о синергетическом методе как о некоей самостоятельной методологии и тем более ставить ее в один ряд с диалектикой. Дальнейшие комментарии излишни. Живучесть синергетических идей удивительна. В 2017 г. вышла в свет монография «Современная теория правовых режимов: теоретический и отраслевой подходы»⁵, в которой обосновывается роль некоего «тринитарно-синергетического подхода в моделировании правового режима». Под тринитарно-синергетическим подходом предлагается понимать принцип достаточности, выдвинутый известным физиком, лауреатом Нобелевской премии Н. Бором. На самом деле принцип достаточности, предложенный известным ученым, прост — изучение материального мира постоянно сталкивается с дефицитом понятий, полнотой их трактовки, именно это имел в виду физик. Насколько это приемлемо в юридической науке? Что это дает в изучении специфики правовых режимов, синергетической методологии в праве? Ответа нет.

Большие надежды на синергетический подход возлагает уральский автор А.В. Зырянов, основной докладчик на нашем научно-методическом семинаре, отмечающий, что синергетическая методология позволяет теоретически осмыслить природу государства как общественно-политического, организованного явления, выявить его сущностные свойства и выработать адекватное современной действительности понимание его формы, функций и структуры⁶. «Применение в процессе

² Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 16.

³ Там же. С. 16.

⁴ Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 19—20.

⁵ Современная теория правовых режимов: теоретики и отраслевой подходы / под ред. В.Ю. Панченко, А.А. Петрова. Красноярск, 2017.

⁶ См.: Зырянов А.В. Синергетический подход в исследовании государств. Челябинск, 2015. С. 5, 19.

наручного познания государства синергетических методов постклассического подхода представляет собой достаточно новое течение в государствоведении, отмечает автор. Синергетика перестраивает наше мировоззрение. Она открывает необычные стороны мира: его нестабильность и режимы с обострением, нелинейность и открытость (различные варианты будущего), вырастающую сложность формообразований и способов их объединения в устойчиво эволюционирующие целостности (законы коэволюции)»⁷.

Однако знакомство с положениями исследования Зырянова о роли и назначении современного государства показывает, что синергетический подход, о роли которого говорится в начале книги, мало что дал. Иначе говоря, описание автором антропного начала, его возможности как «гипотезы о распространении антропного принципа на условия проявления «сложности» в явлениях государственной организации»⁸, по существу, в исследовании незаметно. Как и «открытие» синергетикой так называемых точек бифуркации, т.е. момента, когда система теряет устойчивость, а затем переходит в новое состояние»⁹. Это есть не что иное, как действие известного диалектического закона перехода количества в качество.

Более того, А.В. Зырянову, полагаем, не хватает синергетического видения, он тяготеет к системному методу, что логично. Отсюда и название глав книги: «Системно-синергетические закономерности организации государственного строя» (глава 3), «Организационно-синергетический подход к проблеме государственного управления» (глава 5). Словом, надежды автора на задуманный результат мало оправдались.

Далее, возможность выступить представлена основному докладчику научно-методического семинара доценту кафедры теории государства и права, трудового права «Южно-Уральского государственного университета (национальный исследовательский университет)» А.В. Зырянову. Докладчик выразил согласие со многими тезисами Н.А. Власенко и сообщил следующее.

Каждая политико-правовая концепция как модель реальности является продуктом своего времени. Анализ состояния современной цивилизации с сопутствующими экономическими, политическими, геополитическими противоречиями и кризисами позволяет сделать вывод о наличии проблемы, связанной с актуализацией, систематизацией и функционализацией идеи государственности, которая выступает базовым организационным инструментом развития человечества. Перед современной юридической наукой стоит масштабная задача, связанная с поиском эффективных средств понимания и познания сущностных оснований усложняющихся и ускоряющихся процессов общественно-государственного уровня, созданием доктрины, обеспечивающей прогнозируемость и управляемость. Представляется актуальным смещение исследовательского акцента с собственной категории «права» на категорию «государство» как отправное начало диалектики цивилизаций, смещение внимания с формы на сущность государственной реальности.

Полиструктурность реального мира, динамика развития общества обуславливает понимание того, что политико-правовые явления предполагают систему, характеризующуюся постоянным движением, что предопределяет их комплексное и

⁷ Зырянов А.В. Синергетический подход в исследовании государств. Челябинск. 2015. С. 5, 19.

⁸ Там же. С. 5, 19.

⁹ Там же. Указ. соч. С. 99.

диалектическое исследование, выходящее за рамки детерминистской парадигмы. Можно сказать, что закономерности развития государственной системы представляют собой объективные результаты, выстраивающиеся сквозь множество случайных автономных тенденций. Эти тенденции составляют внутренний источник связи, посредством которого общество и государство способно приобретать новые качества, многократно и безвозвратно переходя в своем развитии от одной системы и формы организации динамической устойчивости социума к другой. Основная цель представляемого исследования — научная разработка обоснования синергетической концепции государствовопонимания. Речь идет о понимании государства как явления социальной действительности, сложной открытой нелинейной, динамической системы организации общества. Речь идет о формообразовании социо-политической структуры, основанной на принципах глобального эволюционизма, законах самоорганизационного развития, раскрываемых посредством постнеклассического научного подхода.

Категория «государствовопонимание», вводимая в качестве предмета исследования теории государства, видится в качестве системообразующего элемента государствоведения, места приложения сил, связанных с онтологическими, гносеологическими, методологическими и типологическими изысканиями. Государствовопонимание — это определяемая типом научной рациональности, сложившаяся в юридической и политической теории совокупность концептуальных взглядов на сущность государства, причины и пути его возникновения и развития, форму организации, устройство и функционирование государственной власти, роль в жизни общества, связь с правом.

Можно выделить следующие типы, имеющие собственную мировоззренческо-методологическую специфику: теологико-статический, антропоцентристско-механистический, позитивистско-исторический, системологико-альтернативистский.

Познание процесса государствообразования предполагает исследование не только условий становления древнейших систем государствообразной организации, но и исследование общих закономерностей возникновения всех когда-либо существующих в прошлом и настоящем государств.

Применительно к проблеме государствогенеза является эвристичным использование идеи самосохранения и системообразующего фактора, в котором отражена сущность, определяющая механизмы и закономерности возникновения, становления системы.

Государство здесь представляется универсальной самоорганизационной политической системой, продуктом социальной эволюции, возникшим в качестве института, способного обеспечить самосохранение определенному контингенту людей — носителям воли аттрактивного целеполагания, и развивающимся в виде умозрительно-организационной формы системной устойчивости, периодически претерпевающей адаптивно-ситуационные преобразования.

Закономерности развития государственного строя можно сгруппировать в две основные структурообразующие тенденции, соответствующие процессам рождения нового социально-политического порядка и процессам его сохранения, двум различным типам поведения социальных систем (основы типологии государств): первый — открытый, динамичный, далекий от равновесия, порождающий усложненную структуру; второй — самоизолирующийся, ориентированный на статичность,

близкий к равновесности, порождающий упрощенную структуру. Эти две базовые циклодинамические тенденции обусловлены различными типами реакции социально-политических систем на внешне- и внутрисистемные тренды и способами переработки этих трендов (адаптации к ним). Смена указанных форм поведения социальных систем на разных этапах их эволюционного развития демонстрирует скрытый пульсирующий механизм волнового развития общества в контексте соответствующего государственного строя, которому свойственна цикличность процессов возникновения (самозарождения) относительно устойчивого существования (сохранения) и распада (переструктурирования).

Власть понимается в качестве системного феномена, рассматривается как свойство социальной системы, как волепродуцирование деятельностного порядка, она воплощается в структуризации отношений между людьми, координации и направлении их действий в единое русло результирующего, целеполагающего волевого вектора (аттрактора), который, формируя систему ценностей, определяет порядок иерархического соотношения элементов в зависимости от их функционального предназначения, а само функциональное значение определяется в зависимости от занимаемого в данной системе места.

В свою очередь, описание качества связи государства с правом, при котором право представляется условием согласованности воли. Право — открытая нелинейная система, где постоянно происходят ввод и вывод необходимой информации, регулятивной энергии, юридических способов и средств упорядочения и охраны общественных отношений, в результате чего рождается множество потенциальных путей его развития.

Переводя в практическое русло идею применения синергетического подхода в исследовании государства, представляется важным решение вопроса, связанного с выработкой соответствующей динамической модели самоорганизационного развития системы государственной организации общества.

В завершении хочется отметить, что представленные положения являются лишь малым звеном восходящей спирали научной мысли. Однако смею предположить, что с XXI века определяется новая парадигма научной рациональности — неоклассическая. Возникнет очередной тип государствовопонимания и правопонимания — программно-алгоритмический, и синергетическая теория в свою очередь способна будет выступить в качестве компонента общеметодологической основы.

Профессор кафедры теории права и государства, д.ю.н., *Муромцев Г.И.* по теме основного доклада изложил следующее.

Представленный доклад порождает больше вопросов, чем ответов. В самом деле, что такое синергетическая концепция? Каково ее место в истории? Возникает ли она в глубокой древности вместе с государством, до его возникновения, в наши дни или пронизывает всю историю человечества?

Достаточно прочесть две первых фразы работы, чтобы убедиться, что автор не владеет исследуемым материалом. Так, в первой из них речь идет о направленности данного исследования, состоящего в анализе «состояния современной цивилизации, тотальных проблем, связанных с актуализацией, оптимизацией и функционализацией идеи государственности»¹⁰. Между тем в современном мире нет единой

¹⁰ *Зырянов А.В.* Синергетическая концепция государствовопонимания. М., 2019. С. 3.

цивилизации, а есть несколько цивилизаций. При этом границы между ними как в социокультурном смысле, так и в историческом весьма подвижны.

Что касается второй половины фразы, то здесь возникает явное противоречие между авторским посылом об актуальности данной темы и необходимостью ее актуализации, оптимизации и функциолизации.

Во второй фразе «разнообразные формы государственных образований» рассматриваются как «изобретенные или приобретенные различными национально-культурными сообществами»¹¹. Если способом их формирования являются лишь изобретение или приобретение, то у нас исчезает история, продуктом которой эти формы являются. Тогда, видимо, на ее месте надо поставить бюро, патентующее изобретенные формы.

Автор рассматривает волю отдельного человека как первоисточник энергии государственно-правовой материи. А что такое государственно-правовая материя? Это понятие явно требует определения, но его нет. Суммируясь, актуализируясь, отмечает Зырянов А.В., энергия индивидуальных волей (в полном соответствии с законом сохранения энергии) оказывает на материю синергетический (самоорганизующий) эффект.

Но чем, какими факторами определяется сама эта воля, если значительная часть истории человечества, а тем более ее праистория не знают государства, а в процессе истории и в разных культурах государство понимается и структурируется отнюдь не одинаково? Попытка объяснить это с помощью математики, которую предлагает докладчик, на наш взгляд, несостоятельна, поскольку предполагает использование наработок и психологии, и культурологии, и религиоведения, и экономической науки, и т.д.

Зырянов А.В. высказывает ценные мысли о двух тенденциях (типах) развития государственного строя, соответствующих двум различным типам поведения социальных систем — открытому, динамичному и ориентированному на статичность. Однако объяснение природы такого разделения и его эволюции представляется неубедительным. По автору, смена их отражает скрытый пульсирующий механизм волнового развития общества и государства. И опять без объяснения остается вопрос о факторах, определяющих столь глубокие различия в природе закономерностей, этого процесса.

Докладчик делает правильный ход, пытаясь в своем исследовании выйти за рамки юриспруденции. Но у него не хватает фактических знаний — исторических, религиоведческих, психологических, мировоззренческих и т. д., которые стали бы основой заявленной концепции.

Свои тезисы на тему научного семинара изложила д.ю.н., профессор кафедры публичной политики и истории государства и права *Немытина М.В.*

Синергетика (от греч. *synergia* — совместное, согласованное действие) выполняет функции метанауки (В.П. Малахов). Синергетический подход широко используется для объяснения и обоснования процессов, происходящих в современном обществе на основе саморазвития и саморегуляции. Данный подход применим для изучения сложных открытых систем, их самоорганизации и эволюции, реализуется в поиске путей совершенствования социальной реальности путем выявления

¹¹ Зырянов А.В. Синергетическая концепция государствовопонимания. М., 2019. С. 3.

и использования содержащихся в ней импульсов. Синергетическая методология позволяет прогнозировать переходы от социального хаоса к социальному порядку, и наоборот. И это применимо к государственно-правовой жизни. Так, совпадение интересов участников правового общения, согласование их усилий может дать синергетический эффект, обеспечивающий правовое развитие общества.

Состояние мира — это отнюдь не стабильность и равновесие, а, напротив, неустойчивость и неравновесность. Вероятность и случайность проявляются в историческом процессе гораздо шире, чем мы представляли себе до недавнего времени. История не разворачивается в том направлении, которое предсказали самые талантливые аналитики и самые смелые предсказатели. Событийный ряд характеризуется спонтанностью и непредсказуемостью. Возможности людей воздействовать на социальную реальность, управлять общественными процессами, реализовывать разнообразные проекты развития весьма ограничены. Очевиден синергетический эффект столкновения самых разнообразных и неопределенных факторов в саморегулирующемся процессе упорядочения хаотических общественных состояний (Г.В. Мальцев). В то же время хаос способен порождать новый порядок.

Эффект самоорганизации в функционировании системы может оказаться более значимым, чем эффект организации (управления). В то же время существует возможность спонтанного возникновения порядка, и этот момент можно уловить и зафиксировать, чтобы обеспечить на какой-то период управляемость системой (социальной системой). Этапы адаптационного развития и катастрофного поведения системы сменяют друг друга и цикличны (В.П. Малахов). Возможно возрастание степени упорядоченности сложных неравновесных систем за счет их самоорганизации. При этом каждая система остается открытой к воздействию других систем, подвержена их влиянию.

Синергетическая методология исходит из того, что процессы самоорганизации первичны по отношению к организации (управлению, регулированию). В разных областях научных знаний высказываются предположения относительно того, что природные и социальные системы могут достигать высокой степени упорядоченности на основе саморегуляции. Однако следует принять во внимание, что как право, так и государство, относятся к тем системам, которые нуждаются в управлении, в силу чего их можно идентифицировать как относительно равновесные системы. Природа права такова, что оно является нормативным регулятором социальных отношений. Природа и сущность государства проявляются в системном построении его органов и институтов. И эти обстоятельства необходимо учитывать при применении синергетической методологии к государственно-правовым явлениям и процессам.

Государственное управление в классическом варианте понимается как сознательное воздействие на общественные отношения и процессы в целях поддержания их состояния и обеспечения динамики их развития в рамках определенных форм. В синергетическом контексте государственное управление следует понимать как содействие саморазвитию разного рода подсистем и локальных процессов в системе государства (А.В. Зырянов). Если в первом варианте организации управления люди и их сообщества становятся объектом управления со стороны государства и его структур, то во втором случае они выступают в качестве активных субъектов, потенциал которых при правильном согласовании интересов может стать преобразующей силой, что обеспечит нормальное функционирование и творческое развитие

общества и государства. Тем самым преимущества второго подхода к государственному управлению очевидны. Однако остаются открытыми вопросы о критериях идентификации саморазвивающихся систем и подсистем, выявления и согласования их интересов внутри и вовне, формах и способах координации разнонаправленных интересов, поддержании целостности государственного механизма. Все это и многое другое составляет каталог проблем и задач, которыми должна заниматься теоретико-правовая наука в плане применения синергетической методологии.

Р.М. Аллалыев, к.ю.н., доцент кафедры теории права и государства сообщил следующее. С распадом СССР в отечественной юридической науке стали популярными отказ от диалектико-материалистического метода в исследованиях, а также его огульная критика. На первый план вышли «новомодные» методы, нередко заимствованные из других областей наук, к которым якобы не давали прибегнуть в рамках системы советской науки. Популярными стали идеи субъективного идеализма — такие как герменевтика и синергетика. Последняя, по уверениям авторитетных ученых-правоведов, шла на смену диалектическому материализму и несла за собой поистине революционные преобразования во всей отечественной юридической доктрине. При этом зачастую диалектика могла быть представлена как частный случай синергетики. В основном все тезисы сводились к «хвалебным одам» по отношению к синергетике и ее высоким методологическим способностям. Однако убедительные факты, подтверждающие то, как синергетика работает в теории государства и права, как правило, не приводились.

Такое положение дел было неудивительным, так как весь анализ механизмов самоорганизации, проявляющих себя в области права, представлял собой парафраз положений диамата с использованием терминологии постнеклассической парадигмы.

По мнению сторонников синергетики, такой подход позволяет выявлять действие случайного в закономерном развитии общества, однако существенного дополнения к диалектической трактовке перехода из «возможного» в «действительное» они не привносят. Так, конкретно-исторический подход был объявлен одним из элементов синергетического изучения механизмов правовой самоорганизации, суть которого выражается в изучении многообразия факторов, определяющих общественные отношения в сфере правового регулирования. Ранее известный закон единства и борьбы противоположностей стал изучением феноменов параметров порядка во взаимосвязи в форме конкуренции и кооперации, а диалектическое соотношение возможности и действительности стало проблемой неустойчивых состояний механизма самоорганизации и тенденций к нелинейным изменениям правовой жизни.

В рассматриваемом нами сегодня и безусловно заслуживающем внимания докладе Зырянова А.В. «Синергетическая концепция государствопонимания» диалектический метод стоит первым и основным в методологической основе исследования, несмотря на то, что предмет исследования скорее подразумевает приоритетное использование именно синергетического подхода. Поэтому синергетика не может существенно дополнить и тем более заменить диалектику.

Вместе с тем синергетика как метод, опирающийся на построение математических моделей нелинейной динамики, может рассматриваться в качестве инструмента, применимого на эмпирическом этапе социально-правовых исследований прогнозистического характера. Тем не менее, на уровне диалектических обобщений

(на теоретическом уровне), где процесс познания ведется в рамках закономерностей, синергетика, как и другие эмпирические методы, малоприменима.

В заключительной части семинара директор юридического института РУДН, к.ю.н., доцент кафедры теории права и государства *Зинковский С.Б.* подвел итоги.

Интерес современной юридической науки к междисциплинарным методам исследования, действительно, имеет место. Однако представляется важным при их использовании в правовом дискурсе не утратить за методологическими упражнениями природу изучаемых правовых явлений. Не менее значимой является способность разграничить междисциплинарные методы, которые привносят что-то новое в юридическую науку, и методы, которые либо концептуально не проработаны до конца и в этой связи не могут дать объективных и достоверных результатов познания правовых явлений, либо по своей сути повторяют не в самой точной и полной вариации научные методологические подходы, сложившиеся ранее. Думается, что как раз последний случай мы и обсуждаем.

Обращение к синергетике в рамках научного исследования ставит ряд вопросов.

Первый вопрос — насколько этот методологический подход, системность которого до сих пор вызывает сомнения, принципиально отличается от системного подхода, который детально был проработан и активно применяется еще с прошлого века в отечественной юридической и иных социальных науках?

Второй вопрос — насколько конкретное синергетически ориентированное исследование (исследование проблемы государствовопонимания) учитывает специфику изучаемой юридической реальности, продемонстрировано ли корректное применение синергетических законов, принципов и категорий к предмету исследования?

Третий вопрос — насколько в исследовании преодолено восприятие синергетики как конгломерата разнородных представлений об юридических явлениях, не преобладают ли неопределенность, метафоричность суждений, их вероятностный характер над четкостью, объективностью и обоснованностью научного юридического знания, возможностью его верификации?

Возможно, размышления над этими вопросами ведут автора к иным, уже знакомым, методологическим парадигмам — системной и диалектической. К тому же в самой работе синергетический подход провозглашается частью системного подхода к пониманию государства, в связи с этим теряется его самостоятельная значимость, а следовательно, и научная новизна исследования проблемы государствовопонимания с обозначенных методологических позиций.

Доклад А.В. Зырянова «Синергетический подход в государствовопонимании» заслуживает внимания, в первую очередь, потому что в работе присутствует предмет для обсуждения — в каком случае методологический подход может обеспечить научную новизну изыскания? При обстоятельном ответе на этот вопрос исследование феномена государства с обозначенных позиций представляется потенциально перспективным с учетом высказанных замечаний.

Научно-методологический семинар «Синергетический подход в государствовопонимании: проблемы и развитие» привлек внимание молодых ученых, ассистентов и аспирантов кафедры. После выступления основного докладчика было задано множество вопросов по теме, состоялись оживленная дискуссия и обсуждение.

Сведения об авторах:

Монгуш Аэлита Михайловна — ассистент кафедры теории права и государства, юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0003-4394-6296

e-mail: mongush_am@pfur.ru

Никитина Валентина Сергеевна — ассистент кафедры теории права и государства, юридический институт, Российский университет дружбы народов; Российская Федерация, 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ORCID ID: 0000-0002-1782-2305; SPIN-код: 9277-844

e-mail: nikitina-vs@rudn.ru

About the authors:

Aelita M. Mongush — Assistant of the Department of Theory of Law and State, Law Institute, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-4394-6296

e-mail: mongush_am@pfur.ru

Valentina S. Nikitina — Assistant of the Department of Theory of Law and State, Law Institute, RUDN University; 6 Miklukho-Maklaya str., Moscow, 117198, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-1782-2305

e-mail: nikitina-vs@rudn.ru