

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ НАУЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ
ПО ОБЩЕСТВЕННЫМ НАУКАМ

**ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ
ЦИФРОВОЙ ЭПОХИ**

Ежегодник

Вып. 1

МОСКВА
2020

ББК 67400

Э 56

Серия
«Правоведение»

**Центр социальных научно-информационных
исследований**

Отдел правоведения

Редакционная коллегия

Г.Н. Андреева – канд. юрид. наук, ведущий научный сотрудник (отв. ред.), *И.А. Алебастрова* *И.А.* – д-р юрид. наук, доцент; *Е.В. Алферова* – канд. юрид. наук; *Е.Г. Афанасьева* – канд. юрид. наук; *Н.А. Богданова* – д-р юрид. наук, профессор; *Ю.В. Гинзбург* – канд. юрид. наук, доцент; *А.М. Динориоев* – д-р юрид. наук, доцент; *Е.М. Доровских* – канд. юрид. наук; *Д.В. Ефременко* – д-р полит. наук; *С.И. Коданева* – канд. юрид. наук; *У. Рабо* – д-р публ. права, профессор; *Г.Д. Садовникова* – д-р юрид. наук, профессор

Ответственный за выпуск – *Г.Н. Андреева*

Экономическая конституция цифровой эпохи:
Э 56 ежегодник / ИНИОН РАН, Центр социал. науч.-информ. исслед., Отд. Правоведения ; отв. ред. Андреева Г.Н. – Москва : ИНИОН РАН, 2020. – (Правоведение). – Вып. 1. – 179 с.

ISBN 978-5-248-00969-5

Исследуются проблемы экономического конституционализма, теория и практика экономической конституции, развитие правового регулирования государственной собственности, государственных монополий, реализации основных экономических прав граждан и экономических возможностей юридических лиц, конкуренции и публичных финансов в условиях цифровизации. Рассматриваются вопросы европейской экономической конституции, экономической конституции стран ЕАЭС, судебная практика.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов.

ББК 67400

ISBN 978-5-248-00969-5

© ИНИОН РАН, 2020

СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово (<i>Г.Н. Андреева</i>)	7
--	---

Раздел 1.

ПЕРВЫЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ УРОКИ ПАНДЕМИИ

<i>У. Рабо.</i> Чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой. (Статья)	10
<i>С.И. Коданева.</i> Уроки пандемии: окно возможностей для трансформации экономической конституции Евросоюза (Рецензия на статью Х.-В. Миклитца «Угроза COVID-19: возможность переосмыслить Европейскую экономическую конституцию и Европейское частичное право». (Рецензия)	28

Раздел 2.

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

<i>О.А. Тарасов.</i> Конституционная модель государственного участия в экономике России. (Статья)	35
<i>А.С. Сухоруков.</i> Конституционно-правовые основы конкуренции в России и Италии. (Статья)	62
<i>Х.Л. Герреро Бекар.</i> Чилийская экономическая конституция. (Статья)	81

Раздел 3. ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СУВЕРЕНИТЕТА

- О.Ю. Болдырев. Экономический суверенитет и экономическая безопасность государства как объекты конституционно-экономического исследования. (Статья)..... 112*
- С.И. Коданева. Европейский конституционализм и защита национального суверенитета: политика или право? (Рецензия на статью Ю. Брёмера «Экономический конституционализм в ЕС и Германии – Конституционный суд Германии, Европейский суд правосудия и Европейский центральный банк между правом и политикой». (Рецензия) ... 131*

Раздел 4. ФОРУМ: ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ ДЛЯ БУДУЩИХ ПОКОЛЕНИЙ

- Н.В. Кравчук. «Кто эти люди и что им надо?» Гарантии благополучия будущих поколений в экономической конституции – постановка проблемы. (Статья) 139*

Раздел 5. ВКЛАД В НАУКУ

- А.Н. Лужина. Экономическая конституция Франции в работах профессора У. Рабо. (Статья)..... 160*

CONTENTS

Introduction (<i>G.N. Andreeva</i>).....	7
--	---

Section 1.

FIRST LEGAL AND REGULATIRY LESSONS OF THE PANDEMIC

<i>H. Rabault</i> . Sanitary State of Exception. (Article).....	10
<i>S.I. Kodaneva</i> . Lessons of the Pandemic: a ‘Window of Opportunity’ for Transforming the Economic Constitution of the European Union (the Review of the Article by Hans-W. Micklitz «The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law»). (Review).....	28

Section 2.

ECONOMIC CONSTITUTION OF RUSSIA AND THE FOREIGN COUNTRIES

<i>O.A. Tarasov</i> . Constitutional Model of the State Participation in the Economy in Russia. (Article).....	35
<i>A.S. Sukhorukov</i> . Constitutional Bases of the Competition in Russia and Italy. (Article)	62
<i>J.L. Guerrero Becar</i> . The Chilean Economic Constitution. (Article).....	81

Section 3.
PROBLEMS OF THE ECONOMIC SOVEREIGNTY

<i>O.Y. Boldyrev.</i> Economic Sovereignty and Economic Security of the State as the Subjects of the Constitutional and Economic Research. (Article)	112
<i>S.I. Kodaneva.</i> European Constitutionalism and the Defence of the National Sovereignty: Politics or Law? (the Review of the Article by J. Bröhmer «Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics»). (Review)	131

Section 4.
**FORUM: ECONOMIC CONSTITUTION
FOR THE FUTURE GENERATIONS**

<i>N.V. Kravchuk.</i> «Who Are These People and What Do They Need?» Guarantees of the Well-being of the Future Generations in the Economic Constitution – Problem Statement. (Article)	139
--	-----

Section 5.
SCIENTIFIC CONTRIBUTION

<i>A.N. Luzhina.</i> French Economic Constitution in the Works of Professor Hugues Rabault. (Article)	160
---	-----

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО (Г.Н. Андреева)

Данный ежегодник задуман как площадка для обсуждения российскими и зарубежными авторами актуальных проблем современной экономической конституции. Мы надеемся, что в нем будут обсуждаться различные варианты ответов на новейшие вызовы, включая воздействие на экономическую конституцию появления новых технологий, финансовых трансформаций и изменения представлений о современной экономике. Кроме того, мы планируем знакомить исследователей с достижениями в данной области и научным вкладом отдельных ученых.

В первый номер ежегодника мы решили включить статьи и рецензии, которые посвящены новым, ранее не разрабатывавшимся или недостаточно разработанным аспектам конституционного регулирования экономических отношений, познакомить читателей с комплексными зарубежными исследованиями данной проблематики и предложить темы для дискуссий. Статьи иностранных авторов представлены на языке оригинала, что позволяет наиболее адекватно передать идеи автора, и снабжены подробными аннотациями на русском и английском языках.

Данный выпуск ежегодника включает пять разделов, материалы которых в значительной мере задают (но не исчерпывают) направления дальнейшей дискуссии, которая будет вестись на его страницах.

Открывает ежегодник раздел «Первые нормативно-правовые уроки в пандемии», который дает старт для обсуждения воздействия пандемии на конституционный строй в целом и регулирование экономических отношений, а также изучения выявленных проблем правового регулирования и анализа открывающихся в свете полученного человечеством нового опыта возможностей.

Второй раздел посвящен анализу проблем экономической конституции России, а также дает представление об экономической

конституции одного из государств Латинской Америки (Чили), в котором данная проблематика давно и обстоятельно исследуется.

Третий раздел включает публикации по проблеме экономического суверенитета, которая в современных условиях обретает новые грани.

Четвертый раздел содержит статью, открывающую дискуссию по проблеме экономической конституции для будущих поколений, и заставляющую задуматься, насколько реально нынешнее поколение о них заботится. Хотелось бы надеяться, что открывая дискуссия позволит перевести решение проблемы на уровень законодательного регулирования.

Завершает сборник раздел, в котором мы знакомим читателей с научным вкладом одного из членов нашей редакции и одного из наиболее цитируемых авторов по вопросам французской экономической конституции – профессора У. Рабо. Анализ его идей позволяет погрузиться в мир европейских исследований и отталкиваться от них в дальнейших обсуждениях.

Редакция искренне благодарит авторов, которые в такое непростое для всех времена откликнулись на предложение об участии в ежегоднике и нашли силы и возможности подготовить для него интересные статьи. Позвольте пожелать вам дальнейших творческих успехов и крепкого здоровья!

Introduction *(G.N. Andreeva)*

This yearbook was conceived as a platform for discussion of the Russian and foreign authors about the urgent problems of the modern economic constitution. We hope that it will open discussions on various topics as a response to the latest challenges, including the impact of the new technologies, financial transformations and changes in ideas about the modern economy on the economic constitution. In addition, we plan to acquaint researchers with advances in this area and the individual scientific contributions of the scientists.

In the first issue of the yearbook, we decided to include articles and reviews that are dedicated to new, previously undeveloped or under-developed aspects of the constitutional regulations of the economic relations, to acquaint readers with the comprehensive foreign studies of this problem and offer topics for the further discussion. Articles by the foreign authors are presented in the original language, which makes it

possible to most adequately convey the author's ideas, and are provided with detailed annotations in Russian and English.

This issue of the yearbook includes five chapters, the materials of which largely determine (but do not exhaust) the directions for the further discussions that will be conducted on its pages.

The yearbook begins with the section «First Legal and Regulatory Lessons in a Pandemic», which gives a start to discuss the impact of the pandemic on the constitutional system as a whole and the regulation of economic relations, as well as to study the identified problems of legal regulation and analysis of the opportunities that open up in the light of humanity.

The second section is dedicated to the analysis of the problems of the economic constitution of Russia, and also gives an overview of the economic constitution of one of the states of Latin America (Chile), in which similar problems were researched in detail for a long time.

The third section includes publications on the problem of economic sovereignty, which gains new dimensions in the current situation.

The fourth section contains an article that opens the discussion on the problem of the economic constitution for the future generations, and may be a starting point for thinking whether the current generation does really care about them. The editorial board of the yearbook hopes that the subsequent discussion would allow us to escalate the problem to the level of legislative regulation.

The yearbook ends with a section in which we acquaint readers with the scientific contribution of one of the members of our editorial board and one of the most cited authors on the issues of the French economic constitution – Professor H. Rabault. The analysis of his ideas makes it possible for the reader to dive into the world of European studies, and to use them as a starting point in the further discussions.

The editorial board sincerely thanks the authors who, in such difficult times for everyone, agreed to participate in this yearbook and found the capacity to prepare valuable (ценные) articles for it. The editorial board wishes all of you further achievements and good health!

Раздел 1. ПЕРВЫЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ УРОКИ ПАНДЕМИИ

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.01

У. Рабо

ЧРЕЗВЫЧАЙНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ В СВЯЗИ СО СЛОЖНОЙ ЭПИДЕМИОЛОГИЧЕСКОЙ ОБСТАНОВКОЙ. (Статья)

Аннотация. В статье сравнивается чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой (*état d'exception sanitaire*) во французском праве с классической теорией чрезвычайного положения. Классическая конституционная теория чрезвычайного положения обычно связывает приостановление основных прав и концентрацию власти в руках правительства с серьезной политической угрозой. В этом смысле чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой представляется совершенно новой ситуацией, в которой чрезвычайное положение представляется скорее инструментом управления в области здравоохранения, чем реакцией на серьезный политический кризис. Создается впечатление, что в этом случае при чрезвычайном положении происходит смещение от конституционного к административному праву.

Ключевые слова: чрезвычайное положение; классическая теория; сложная эпидемиологическая обстановка; инструмент управления.

**H. Rabault
Sanitary State of Exception. (Article)**

Abstract. In this paper, we compare the sanitary state of exception in French law to the classical state of exception theory. The classical constitutional state of exception theory usually links the suspension of basic rights and the concentration of power in the hands of the government to major political danger. In this sense, the sanitary state of exception appears as a quite new situation, where the state of exception seems to be more the tool of health administration than the answer to a major political crisis. The state of exception seems then to drift from constitutional to administrative law.

Keywords: state of emergency; classical theory; complex epidemiological situation; management tool.

H. Rabault¹

L'état d'exception sanitaire. (Article)

Résumé. *La contribution analyse l'état d'exception sanitaire en droit français au regard de la théorie classique de l'état d'exception. La théorie constitutionnelle classique de l'état d'exception associe habituellement la suspension des droits fondamentaux et la concentration du pouvoir aux mains du gouvernement à un danger politique majeur. En ce sens l'état d'exception sanitaire apparaît comme une situation nouvelle où l'état d'exception semble constituer davantage un outil au service de l'administration de la santé qu'une réponse à une crise politique majeure. L'état d'exception semble ainsi opérer un déplacement du droit constitutionnel vers le droit administratif.*

Mots-clés: état d'urgence; théorie classique de l'état d'exception; environnement épidémiologique complexe; outil de gestion des crises.

Le 16 mars 2020, la France entra, à la suite d'autres Etats, dans ce qui mérite la dénomination d'état d'exception sanitaire. Dans l'histoire du droit économique français cette situation apparaît inédite. Faute d'un dispositif législatif approprié à une crise sanitaire nationale, la proclamation fut le fait d'une décision exécutive, le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Le libellé du décret apparaissait assez rudimentaire puisqu'il se contentait de prévoir en son article premier: «Afin de prévenir la propagation du virus covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile» exception faite d'une série de cas énumérés par la disposition.

Concrètement, la suspension ne portait que sur la liberté de circulation, désignée dans le lexique du droit public français par l'expression de «liberté d'aller et venir». Toutefois la mesure mit en évidence l'interdépendance des libertés publiques, à travers un effet, pour ainsi dire, systémique, affectant l'ensemble de l'ordre des droits fondamentaux. La suspension de la liberté de circulation entraînait mécaniquement la suspension des libertés politiques, à travers la disparition de la liberté de manifester et de de réunion. De même la liberté religieuse se trouvait-elle suspendue par l'impossibilité de l'exercice du culte. Enfin, la liberté économique disparut également,

¹ **Hugues Rabault** – Professeur de droit public Faculté de droit et science politique Université Paris-Saclay, CRLD, Université d'Evry, 91025 Evry (France). Уго Рабо – профессор публичного права факультета права и политической науки Университета д'Эври, входящего в Университет Париж-Сакле (Франция).

la suspension de la liberté de circulation provoquant la suspension de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie, etc. D'autres libertés pourraient être évoquées, comme la liberté de la science et de l'enseignement ou la liberté artistique. L'état d'exception sanitaire représenta donc une situation, sans précédent dans l'histoire du droit public français, de suspension du système de droits fondamentaux comme effet d'une décision exécutive.

La suite des mesures associa la représentation nationale mais poursuivit le mouvement de suspension de la légalité ordinaire et de transfert des pouvoirs à l'exécutif. La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 combla une lacune du droit français en prévoyant le nouveau régime juridique de l'«état d'urgence sanitaire». L'état d'exception fut ainsi progressivement légalisé. Plusieurs dizaines d'ordonnances, adoptées notamment sur le fondement de l'article 11 de la loi, qui en prévoyait l'effet potentiellement rétroactif, furent adoptées par l'exécutif dans les domaines les plus divers, par la voie de l'article 38 de la Constitution¹.

Le recours généralisé aux ordonnances exécutives revêtait une double fonction. Il s'agissait d'une confirmation de la suspension de la légalité ordinaire, mais aussi d'une modification de l'ordre constitutionnel à travers un transfert du pouvoir législatif au gouvernement. De même l'équilibre budgétaire, en principe objet d'une programmation législative et d'une surveillance méticuleuse, fut-il balayé par voie de lois de finances rectificatives².

Il n'est ainsi guère de moment dans l'histoire du droit public français qui mérite davantage la qualification d'état d'exception. Nous avons résumé la notion d'état d'exception par ses deux dimensions, d'une part la suspension des droits fondamentaux et, d'autre part, la suspension du cours de la légalité ordinaire. Nous voulons nous interroger sur l'effet de cette situation juridique sur la théorie de l'état d'exception. Dans quelle mesure ce que nous appellerons la théorie classique de l'état d'exception correspond-elle à l'état d'exception sanitaire? Nous voulons poser l'hypothèse que l'état d'exception sanitaire oblige à réviser le concept même d'état d'exception. Nous reviendrons dans un premier temps sur la théorie classique de l'état d'exception (I) pour analyser la façon dont elle est affectée par l'état d'exception sanitaire (II).

¹ D'après les sources officielles, on compta au moins 62 ordonnances.

² Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020, loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.

I – L'état d'exception comme concept

Parmi le lexique varié des circonstances exceptionnelles nous privilégierons le concept d'état d'exception (A) parce qu'il révèle l'opération d'interprétation sous-jacente à la proclamation de l'état d'exception (B).

A – Le lexique de l'exception

– La notion d'état d'exception

La théorie de l'état d'exception puise son origine dans le lexique du droit constitutionnel¹. Mais nulle part, à notre connaissance, l'hypothèse n'avait été envisagée d'un état d'exception sanitaire. S'il est difficile de déterminer d'où vient exactement la notion d'état d'exception², nous savons du moins que le passage d'une utilisation occasionnelle et pratique à une théorie juridique cohérente doit être attribuée au sulfureux juriste allemand Carl Schmitt³. Nous voulons insister d'abord sur le fait que la notion d'état d'exception est plus pertinente que d'autres notions utilisées en pratique, parce qu'elle peut, par son abstraction, couvrir l'ensemble des questions posées par cette sorte de régime juridique.

Le droit français dispose de plusieurs expressions en la matière. La législation récente privilégie la notion d'*état d'urgence*. L'expression comporte une dimension de temporalité qui n'existe pas dans le concept d'état d'exception. Elle sous-entend la nécessité d'une action rapide comme fondement de la suspension des droits fondamentaux. Elle exprime, dans ce contexte, la suspension de la discussion démocratique ou des procédures juridictionnelles. Le concept d'urgence utilisé par la pratique, focalisant l'attention sur une dimension d'accélération de la temporalité juridique⁴, limite ainsi les

¹ Nous rapportons l'origine de la théorie l'état d'exception à l'œuvre de Carl Schmitt. Nous nous appuierons par ailleurs sur: *Agamben G. Etat d'exception. Homo Sacer*. – Paris: Seuil, 2003; *Saint-Bonnet F. L'état d'exception*. – Paris: PUF, 2001. On trouve chez François Saint-Bonnet un état de la littérature doctrinale en droit français.

² Aucun des auteurs cités à la note précédente ne propose une étude lexicographique poussée de la notion d'état d'exception. Nous suivrons Carl Schmitt lorsqu'il lie l'état d'exception au contexte constitutionnel de l'Etat de droit moderne.

³ Carl Schmitt fut un praticien de l'état d'exception, contribuant en tant que conseiller à la révolution constitutionnelle entreprise au début du Troisième Reich. Voir, par exemple, *Mehring R. Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. – München: C.H. Beck, 2009. – S. 304–310.

⁴ Dans la temporalité sociale, le droit représente une temporalité ralenti par les procédures. L'urgence correspond à la suspension de cette temporalité ralenti. Elle synchronise, en d'autres termes, la temporalité ralenti du droit et la temporalité

multiples problèmes posés par l'état d'exception à une dimension procédurale. La fonction spécifique du concept d'urgence est de court-circuiter des organes et des étapes dans la procédure de décision.

L'état d'urgence pose naturellement la question de la réalité de l'urgence, de la pertinence de l'application de la qualification juridique d'urgence¹. Il peut cependant sembler que la notion d'urgence limite les interrogations sur les enjeux de l'état d'exception. Le concept d'urgence présuppose l'objectivité de la situation d'urgence, le caractère indiscutable de la qualification juridique d'urgence. C'est pourquoi il y a de bonnes raisons politiques pour préférer la notion d'état d'urgence à celle d'état d'exception. Dans la pratique de l'état d'exception, l'urgence sous-entend que la discussion, le principe fondamental de la démocratie représentative², ou les garanties juridictionnelles, constitutives de l'Etat de droit, ne sont plus à l'ordre du jour. Plus que la notion abstraite d'état d'exception, la notion concrète d'état d'urgence a pour fonction de faire taire par avance toute contradiction. L'urgence semble devoir se constater, elle relève en tant que telle de l'«évidente nécessité»³, elle n'est pas un objet sérieux de débat. La notion d'urgence programme ainsi non seulement la suspension de la discussion démocratique, mais, plus largement, de la spéculation relative à la situation de fait.

La notion classique de *circonstances exceptionnelles* correspond assez étroitement à l'idée d'état d'exception, mais également avec un sens plus concret. Ici encore, la notion met l'accent sur l'objectivité du contexte factuel. Dans l'expression de circonstances exceptionnelles, les circonstances apparaissent comme objectivement contraintes.

accélérée de la société. Sur l'accélération de la temporalité sociale, voir: *Rosa H. Accélération. Une critique sociale du temps.* – Paris: la Découverte, 2013.

¹ La jurisprudence relative aux décrets d'avance montre que le caractère vague de la notion d'urgence permet d'ouvrir une marge de manœuvre illimitée au profit de l'exécutif. Voir, par exemple, Conseil d'Etat, 16 décembre 2016, requête n° 400910. Voir encore *Pierucci Ch.* Les parlementaires face aux décrets d'avance devant le juge administratif // Revue française de finances publiques. – 2017. – N 140. – P. 249 et s. Le caractère vague de la notion d'urgence rend difficile la démonstration de l'absence d'urgence. En d'autres termes la notion d'urgence produit une présomption au bénéfice de la suspension de la légalité ordinaire.

² La notion de discussion, développée dans le deuxième chapitre du célèbre essai de John Stuart Mill: *Mill J.S. On Liberty*, est au cœur de la philosophie du parlementarisme. Voir *Schmitt C. Parlementarisme et démocratie* (1923). – Paris: Seuil, 1988. – P. 40–64.

³ *Saint-Bonnet F.* Op. cit. – P. 380–384, fait du «sentiment de l'évidente nécessité de la sauvegarde de l'Etat» la condition de l'état d'exception.

C'est la réalité des circonstances qui semble dicter le choix du régime juridique. La notion permet d'évacuer la typologie des situations susceptibles d'être qualifiées de circonstances exceptionnelles. Ici encore, la notion évacue la dimension d'appréciation subjective inhérente à la proclamation de l'état d'exception, elle occulte l'idée propre à Schmitt que l'état d'exception est avant tout une décision.

Quelles situations méritent-elles la qualification d'exceptionnelles? La théorie de l'état d'exception mit d'abord l'accent sur la dimension, pour reprendre une expression de Carl Schmitt, militaro-policière de l'état d'exception. *L'état de siège* incarne la forme militaire de l'état d'exception¹. Dans les années trente, Schmitt, face à la crise de 1929, suggéra que l'état d'exception pouvait cependant également prendre une forme économico-financière². Remédier au chômage de masse par des mesures autoritaires pouvait sembler une solution pertinente. Les exemples ne manquent pas, au XX^e siècle, de restrictions des droits fondamentaux au nom de la politique économique³. Durant l'entre-deux-guerres, le système socialiste soviétique ou le corporatisme nationaliste⁴ mirent en évidence la dimension fondamentalement économique de la dictature moderne. Au XX^e siècle la politique économique devint ainsi un fondement de légitimité nouveau pour la radicalisation de l'autorité représentée par l'état d'exception. Ce passage, mis en évidence par Schmitt, de l'état d'exception militaro-policier à l'état d'exception

¹ Dans la jurisprudence administrative française, voir Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier // Recueil Lebon. 1^{er} supplément. – P. 117. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* [GAJAJ / Long M., Weil P., Braibant G. et al. – Paris: Dalloz, 2015. – Décision n°2. – P. 8–15.

² Schmitt C. Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung (1931) // Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre. – Berlin: Duncker & Humblot, 1985. – S. 235–262. Voir S. 259.

³ La jurisprudence constitutionnelle renvoya implicitement à l'idée d'un état de nécessité pour justifier la vague de nationalisations de 1982. Conseil constitutionnel, décision n° 81–132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, considérant 20: «l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci». Le Conseil constitutionnel exprime le sens des nationalisations dans les termes de l'état d'exception économico-financier, en exploitant, dans le cadre constitutionnel, le lexique de la théorie administrative du pouvoir discrétionnaire. Sur la notion de pouvoir discrétionnaire, voir infra, en particulier note 39.

⁴ Voir Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction // Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé. – 2018. – N 34. – P. 207–235. Voir P. 222–224.

économico-financier, révèle une trajectoire d'extension de la sphère de l'état d'exception. C'est ainsi qu'au regard de la théorie classique l'état d'exception sanitaire peut apparaître comme une manifestation supplémentaire de cette extension de l'état d'exception.

– La sphère de l'état d'exception

L'Etat libéral réduisait la notion d'état d'exception à l'état d'exception militaro-policier parce que l'Etat limitait sa fonction à la garantie de l'ordre public. L'extension de la sphère de l'état d'exception semble donc correspondre au développement des responsabilités sociales de l'Etat. Ces responsabilités se multiplièrent, à partir de l'entre-deux-guerres. D'où le surgissement de nouvelles catégories d'états d'exception que relève Schmitt. Les problèmes d'administration traités dans les régimes autoritaires par la dictature prirent la forme dans les démocraties libérales d'états d'exception. Les années trente furent marquées par le surgissement de mécanismes de planification, c'est-à-dire des procédés de dictature économique, mais aussi, dans les Etat libéraux, par des états d'exception économiques, à savoir des politiques extraordinaires de lutte contre les crises, tels que le *New Deal* américain.

L'appréciation des circonstances qualifiées d'exceptionnelles apparaît donc hautement variable selon les époques et les types de société. La notion de circonstances exceptionnelles, comme celle, par exemple, d'état de nécessité, a donc la vertu d'éviter le problème désigné dans la langue des juristes par la notion de qualification juridique. Les idées d'urgence, de nécessité, de caractère exceptionnel ou impérieux, d'une situation, sous-entendent l'objectivité, l'évidence d'un contexte factuel, qui exige la suspension de l'ordre juridique normal. Or, pour les juristes, la question se pose nécessairement de la balance entre, d'un côté, le système des droits fondamentaux, et, de l'autre, l'objectif poursuivi par la suspension des droits fondamentaux. C'est précisément l'intérêt de l'état d'exception sanitaire que de fournir l'exemple d'un cas inédit d'état d'exception. Le concept d'état d'exception permet d'éclairer ce que les autres notions analogues ne montrent pas, à savoir le processus de qualification juridique, ou plus abstraitemment, d'interprétation des faits¹, à l'œuvre dans la décision d'instaurer l'état d'exception.

¹ Sur le problème de l'interprétation des faits, voir Rabault H. *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*. – Paris: L'Harmattan, 1997. – P. 285–333.

B – L'état d'exception comme interprétation

– Le traitement d'un conflit de compétence

D'un point de vue pratique, les notions d'état d'urgence ou de circonstances exceptionnelles représentent donc avant tout un problème de qualification juridique. Mais la question de la qualification juridique ne peut être traitée indépendamment du problème technique de la compétence pour qualifier la situation. Pour Carl Schmitt, le problème juridique fondamental posé par l'état d'exception demeurerait celui de l'autorité qui *décide* de l'instauration de l'état d'exception¹. C'est pourquoi les dispositifs juridiques régissant l'état d'exception sont essentiellement, en pratique, des mécanismes d'attribution des compétences. Ainsi, avant le problème de la caractérisation de la situation, se pose la question de l'attribution de la compétence pour apprécier les circonstances. La proclamation de l'état d'exception suppose certes la prise en compte des critères matériels de l'urgence ou du caractère exceptionnel de la situation. Mais d'un point de vue procédural ce problème ne peut être traité antérieurement à la détermination de l'autorité compétente pour effectuer le travail de qualification juridique des faits.

Aussi aura-t-on tendance à identifier l'état d'exception au transfert du pouvoir du législatif à l'exécutif. Le pouvoir peut néanmoins se trouver concentré entre les mains d'une autre autorité que le gouvernement. La théorie de la confusion des pouvoirs au profit du législatif autorise l'idée d'une dictature parlementaire. Mais des organes non politiques peuvent également concentrer le pouvoir entre leurs mains. C'est le cas traditionnel de la prise de pouvoir par une junte d'officiers. Une situation proche serait celle où le pouvoir politique s'en remet à des organes experts. On peut alors imaginer toutes sortes d'état d'exception. Le coup d'Etat militaire correspond à un déplacement du pouvoir au sein de l'Etat vers la fonction de défense². Un état d'exception économique ou monétaire pourrait opérer une concentration du pouvoir aux mains d'organes spécialisés, comme

¹ C'est pourquoi l'interprétation de Carl Schmitt nous semble plus réaliste que celle de François Saint-Bonnet, qui explique l'état d'exception par «le sentiment d'évidente nécessité de la sauvegarde de l'Etat [...] quasi unanime». *Saint-Bonnet F.* Op. cit. – P. 382. Nous pensons tout au contraire, avec Schmitt, que l'état d'exception a pour fonction de traiter des problèmes issus d'un conflit herméneutique et que l'évidence de la nécessité n'est jamais qu'un argument.

² La théorie du coup d'Etat militaire repose précisément sur l'idée d'une neutralité politique de la défense et d'une capacité supérieure de l'armée pour défendre l'intérêt national.

la banque centrale¹. L'état d'exception sanitaire apparaît manifestement caractérisé par un déplacement du centre de décision politique vers le système de santé.

L'essence de l'état d'exception ne réside donc pas, répétons-le, dans le transfert du pouvoir du législatif à l'exécutif. L'état d'exception peut prendre d'autres formes, à travers des procédures législatives accélérées, la délégation du pouvoir de décision à un organe quelconque, etc. Ce qui demeure constant est cependant le problème de l'attribution de la compétence de décision à une autorité déterminée. En d'autres termes, l'effet premier de l'état d'exception n'est pas la suspension de l'ordre juridique ordinaire, qui demeure toutefois sa finalité juridique, mais une transformation de la structure de décision. C'est pourquoi Carl Schmitt plaçait l'état d'exception au cœur du système constitutionnel.

L'état d'exception n'est cependant pas un problème strictement constitutionnel, il peut également revêtir, ce qui est au centre de notre analyse, les formes banales de la police administrative. Tout l'intérêt du décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 précité tient à ce qu'il ne relevait en effet nullement des pouvoirs exceptionnels du gouvernement mais de ses pouvoirs de police ordinaires². En matière de police administrative, les autorités peuvent limiter les droits fondamentaux en fonction des circonstances. Cela vaut au niveau local, par exemple, en matière économique³, aussi bien qu'au niveau national. L'usage des pouvoirs généraux de police n'est limité que par une jurisprudence appréciant la proportionnalité des mesures aux buts poursuivis. Les contentieux qui se sont rapidement multipliés autour d'arrêtés municipaux relevaient également du droit commun de la police administrative. L'état d'exception sanitaire révèle ainsi l'absence de

¹ Dans l'entre-deux-guerres, le corporatisme posa déjà l'idée du primat de la représentation des forces économiques sur la représentation politique. Renvoyons à *Rabault H.* La notion de constitution économique: éléments d'introduction. Voir *supra* note 14.

² Dans la filiation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, 8 août 1919, *Labonne*, Recueil Lebon. – P. 737; *GAJA*. – N° 34. – P. 203–206. Si la jurisprudence du Conseil d'Etat, 28 juin 1918, *Heyriès* // Recueil Lebon. – P. 651; *GAJA*. – N 30. – P. 178–185, ou Conseil d'Etat, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent* // Recueil Lebon. – P. 208, *GAJA*. – N 32. – P. 193–195, ont pu être évoquées, ces références ont eu une fonction essentiellement explicative. La jurisprudence *Labonne* nous semble un fondement suffisant pour justifier le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020.

³ Conseil d'Etat, assemblée, 22 juin 1951, *Daudignac* // Recueil Lebon. – P. 362, *GAJA*. – N 62. – P. 394–400.

frontière stricte entre les dispositifs législatifs relatifs à l'état d'urgence et les pouvoirs de police courants des autorités étatiques, ou, en d'autres termes, entre les dimensions constitutionnelle et administrative de l'état d'exception.

– Un problème herméneutique

En d'autres termes, et c'est le cœur de la thèse de Schmitt, nous avons affaire, avec la théorie de l'état d'exception, à un problème herméneutique. Avant la mise en œuvre de l'état d'exception, il importe de désigner l'interprète des situations exceptionnelles. Tous les gouvernants des grandes démocraties s'entourèrent de spécialistes de la science médicale. La compétence d'interprétation fut transférée, sinon *de jure* du moins *de facto*¹, à des cénacles composés de virologues, d'épidémiologistes, d'infectiologues, de réanimateurs, etc. L'appréciation de la situation fut ainsi déléguée à des entités étrangères à la politique et au droit, extérieures aux trois pouvoirs classiques de la théorie constitutionnelle.

La proclamation de l'état d'exception fut également indissociable d'une politique transnationale. Malgré des variantes nationales, l'état d'exception a pu tendre vers une forme de globalisation, chose impensable dans la théorie classique de l'état d'exception. La dimension mimétique de l'instauration de l'état d'exception en facilita sans doute l'acceptation sociale. Des Etats plutôt rétifs, du fait de leur culture libérale, à l'état d'exception finirent par s'y rallier. Cela signifie que l'état d'exception ne peut ici être analysé en termes purement politiques ou juridiques.

II – Sens de l'état d'exception sanitaire

La théorie de l'état d'exception était issue constitutionnalisme libéral (A). L'état d'exception sanitaire rompt manifestement avec cette tradition (B).

A – Modernité de l'état d'exception

– La doctrine de l'état d'exception selon Carl Schmitt

L'influence de Carl Schmitt semble déterminante pour le choix même de l'expression d'état d'exception. La formule reste fameuse, issue de l'essai intitulé *Théologie politique*, selon laquelle *le souverain est celui qui décide de l'état d'exception*². Si l'Etat se caractérise par

¹ Ici, une étude comparatiste poussée serait nécessaire pour étudier les mécanismes du déplacement du pouvoir en termes d'interprétation de la sphère politique vers le système de santé.

² *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*. Voir Schmitt C. *Théologie politique* (1922). – Paris: Gallimard, 1988. – P. 15: «Est souverain celui qui

l'ordre juridique qu'il institue, la souveraineté correspond à la possibilité de suspendre l'empire de cet ordre. C'est en ce sens que l'Etat et l'ordre juridique apparaissent comme le produit d'une *décision*. La souveraineté peut être métaphorisée comme une manière d'interrupteur, par lequel l'Etat instaure ou suspend l'ordre juridique. La souveraineté fait alors de l'Etat l'équivalent terrestre du Dieu créateur et la suspension de l'ordre juridique correspond au miracle de la théologie. L'état d'exception serait la suspension de l'ordre juridique ordinaire de même que le miracle est la suspension momentanée, décidée par le souverain de l'univers, de l'ordre naturel. Les normes juridiques revêtent, comme les lois de la nature dans la théologie scolastique, un caractère conditionnel. Dieu soumet la nature à un ordre qu'il peut suspendre.

La théorie de Schmitt demeure pourtant strictement juridique en ce sens que la logique théologique s'analyse comme pure technique politique¹. Schmitt ne nous dit pas, contrairement à la métaphore absolutiste, que l'Etat est Dieu sur terre, mais qu'il a été conçu, par transposition au politique, répétons-le, de schémas de pensée théologiques. L'Etat n'est pas une essence issue d'une rationalité absolue, il demeure une construction politico-juridique. L'Etat n'est pas la fin de l'histoire, il revêt la précarité d'un concept historique. Il est un «concept concret, lié à une époque»².

La théorie de l'état d'exception comme suspension de l'ordre juridique est développée par Schmitt sur la base de la glose de l'article 48, alinéa 2, de la Constitution de Weimar: «Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement; en cas de besoin, il peut recourir à la force. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux [etc.]» La jurisprudence du Conseil d'Etat consécutive

décide de la situation exceptionnelle». L'expression allemande pourrait être rendue littéralement par l'expression de «situation-exception».

¹ Schmitt C. *La dictature* (1922, 1928). – Paris: Gallimard, 2001. – P. 23, parle de «théorie de la technique étatique [staatstechnische [...] Theorie]». Schmitt prolonge en ce sens le thème aristotélicien de la politique comme technique (politikè tekhnē, en latin *ars politica*) opposée à la nature (*phusis*). Voir Rabault H. *L'Etat entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'Etat.* – Paris: L'Harmattan, 2007. – P. 26–32.

² Plus exactement, l'Etat est un «concept concret lié à une époque historique». Voir Schmitt C. *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941) // *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. – P. 375–385.

au premier conflit mondial avait de façon identique admis que l'état de guerre justifiait la mise en sommeil des droits de la défense¹. A cet égard, il n'est pas indifférent de relever que la notion de *suspension* de l'ordre constitutionnel semble issue de l'article 92 de la constitution de l'an VIII: «Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution.»

En ce sens, l'état d'exception de la modernité diffère, nous semble-t-il, de l'idée d'un régime « extraordinaire », du problème de la prise de mesures dérogatoires, comme par exemple, dans la tradition, les levées d'argent exceptionnelles², car il pose la question de la suspension de l'ensemble l'ordre juridique. C'est la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux, le fait qu'ils soient conçus comme la base de l'ordre social, qui pose le problème de leur suspension. Cela ne veut pas dire que la théorie de l'état d'exception ne puise pas dans un arsenal préexistant de techniques ou de raisonnements juridiques. Mais on sort alors d'un problème de nature politico-juridique pour aboutir à la question générale de la relation entre la règle et l'exception, comme dans les exceptions contentieuses du droit romain ou l'exception d'inexécution du droit des contrats³.

– Fonction du concept d'état d'exception

L'idée d'état d'exception dérive chez Schmitt d'une théorie de la dictature. Selon cet auteur, la dictature peut connaître des manifestations diverses, elle peut s'incarner dans la forme absolutiste de l'Etat («dictature souveraine»), mais l'état d'exception est la forme résiduelle de la dictature dans ce que Schmitt désigne comme l'Etat de droit «bourgeoi», à savoir l'Etat libéral issu du XIX^e siècle. La notion juridique d'état d'exception est donc indissociable de l'Etat comme entité typiquement moderne. Par ailleurs, l'état d'exception n'est pas un dispositif juridique nécessaire dans tout Etat. La dictature souveraine,

¹ Conseil d'Etat, décision précitée du 28 juin 1918, *Heyriès*.

² Voir *Saint-Bonnet F.* Op. cit. – P. 146–180.

³ Les exceptions contentieuses du droit romain (notamment *exceptio rei venditae et traditae*, *exceptio doli*, *exceptio metus*, etc.) semblent constituer l'origine de la notion juridique d'exception. Voir, par exemple, *Hausmaninger H.*, *Selb W.* Römisches Privatrecht. – Wien; Köln; Weimar: Böhlau, 1991. – S. 179, 201, 232, 354–355, 491, 498; *Liebs D.* Römisches Recht. – Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2004. – S. 173, 182, 296.

l'Etat absolutiste ou autoritaire, l'«Etat total» du xx^e siècle¹, peuvent se passer de l'état d'exception. Dans ces Etats pleinement souverains, les droits fondamentaux ne sont pas une limitation de l'Etat, ils n'ont pas à être suspendus. Dans l'Etat totalitaire, où les libertés politiques ou religieuses sont inexistantes, où l'économie se trouve aux mains de l'Etat, il n'y a guère de place pour un ordre juridique normal.

C'est pourquoi la notion d'état d'exception n'a de sens que dans le contexte de l'organisation juridique de l'Etat libéral. C'est dans cette forme d'Etat, selon l'interprétation de Schmitt, que l'état d'exception exprime la présence résiduelle de la souveraineté et de la dictature. Dans la glossة effectuée par Schmitt de la Constitution de Weimar, l'état d'exception prévu à l'article 48 permettait la suspension de limites à la souveraineté. D'où l'ambiguïté de la Constitution de Weimar où semblaient cohabiter les dimensions libérale et autoritaire.

Il convient donc de retenir de la théorisation par Schmitt que l'état d'exception n'est en rien une catégorie absolue, intemporelle et universelle, mais un concept fonctionnel. Ce concept est un produit du constitutionnalisme libéral, c'est-à-dire de la relation entre souveraineté et droits fondamentaux. Comment préserver l'essence étatique tout en limitant l'Etat? Telle est l'équation que vient résoudre l'état d'exception. Dans la formule selon laquelle *est souverain celui qui décide de l'état d'exception*, l'idée est que le constitutionnalisme du XIX^e siècle a fait surgir dans l'histoire des idées politiques un problème nouveau, résolu par la transposition à la technique étatique d'un système de représentations d'origine théologique.

B – Spécificité de l'état d'exception sanitaire

– Un état d'exception non politique

L'état d'exception sanitaire revêt les caractéristiques classiques de l'état d'exception en ce qu'il a consisté en une suspension du système des droits fondamentaux, une concentration du pouvoir et une accélération des procédures de décision. Dans la théorie classique, l'état d'exception relevait cependant de la violence d'Etat, tournée contre les ennemis intérieurs ou extérieurs de l'Etat. C'est pourquoi la théorie de l'état d'exception issue de Schmitt était indissociable d'une théorisation de la politique comme conflit². L'état d'exception en ce sens

¹ Voir Rabault H. Etat total // *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*/ Pascal Mbongo, François Hervouët, Carlo Santulli (dir.). – Paris: Berger-Levrault, 2014. – P. 395–399.

² Schmitt C. La Notion de politique – Théorie du partisan (1932, 1963). – Paris: Calmann-Lévy, 1972.

impliquait, au plan politique, une dimension, pour ainsi dire, existentielle. La question de la mort potentielle de l'Etat constituait le fondement de légitimité de l'état d'exception¹. Cette idée était un écho lointain de la théorie aristotélicienne de la *stasis*, de la menace de la dissolution du corps social du fait de la discorde. Mais cette thématique ne fondait pas encore chez Aristote une théorie de l'état d'exception. De même la dictature romaine ne constituait-elle pas un état d'exception au sens de Schmitt. Chez Cicéron, par exemple, la dictature représentait plutôt un rééquilibrage politique inhérent à la structure civile de la république².

Dans la tradition politique européenne, il n'était à l'origine pas question d'état d'exception au sens le plus strict, parce que l'ordre juridique ne pouvait, du fait de son enracinement dans la nature des choses, se trouver suspendu. Dans la tradition augustinienne, la disparition de l'Etat n'était pas un problème vital, parce que la crise politique était une expression de la vengeance divine. Dieu punissait les peuples par la tyrannie et les rois par la sédition, mais ces situations demeuraient conformes à l'ordre du monde³. La théorie de l'état d'exception témoigne en ce sens d'une déconnexion entre théologie et politique. La mort de l'Etat devient une question fondamentale parce qu'on cesse d'inscrire l'Etat dans le contexte d'une eschatologie religieuse. L'attachement à l'Etat et à l'ordre politique devint viscéral parce que le cours de la vie politique n'était plus réglé par la main de Dieu.

En d'autres termes, le thème de l'état d'exception apparaît comme un sous-produit de la sécularisation, dont une conséquence est la sacralisation de la politique⁴. Ce n'est donc pas un hasard si la doctrine de l'état d'exception naquit avec mythe nationaliste de l'Etat, si elle fut une composante de la mystique étatiste issue du XIX^e siècle. Or si l'on en reste à l'idée que l'état d'exception pose la question de la vie et de la mort de l'Etat, qu'en est-il d'une pandémie virale? Les virus infectent-ils les Etats? Pourtant l'état d'exception sanitaire fut un

¹ Thème repris par François Saint-Bonnet. *Saint-Bonnet F.* Op. cit. Voir supra note 15.

² Cicéron. *La République – Le Destin*. – Paris: Gallimard, 1994. – P. 53. Dans la théorie dite du *régime mixte* la dictature est la forme romaine de la royauté. Voir Rabault H. *L'Etat entre théologie et technologie*. – P. 47–49, 75–76.

³ Par exemple, Bossuet J.B. *Oraison funèbre de Henriette-Marie de France // Œuvres*. – Paris: Gallimard. – P. 57–81.

⁴ Voir Rabault H. La modernité comme ‘catastrophe’. Sens de la notion de sécularisation selon Niklas Luhmann // Droits. – Paris, 2015. – N 60. – P. 137–150.

véritable état d'exception, une suspension radicale des droits fondamentaux et de la légalité ordinaire.

– Extension des pouvoirs de police administrative

L'argumentation technique légitimant le «confinement» des populations ne releva pas du registre du salut politique. Ce n'est pas pour sauver l'Etat, mais pour délester les services de santé, pour étaler les effets de la pandémie, pour proportionner les moyens de l'administration hospitalière aux besoins des populations, et dans l'attente de la production de masse d'un vaccin, qu'il fallait imposer le «confinement». L'état d'exception sanitaire, quoique véritable état d'exception, revêtait un sens tout différent de celui prévu dans la théorie classique de l'état d'exception. L'état d'exception cessa de constituer l'instrument du salut de l'Etat, pour devenir un outil de gestion d'une crise sectorielle.

L'état d'exception sanitaire se caractérisa par ailleurs par le transfert du pouvoir vers une bureaucratie spécialisée. La décision ne relevait plus du choix politique mais de l'expertise scientifique. La concentration exécutive du pouvoir permit de court-circuiter les procédures ordinaires pour donner le dernier mot à l'expertise. Cela supposait le primat des objectifs d'une administration sectorielle sur les fonctions traditionnelles du système des droits fondamentaux¹. Cette évolution entraînait parallèlement un déplacement du pouvoir d'interprétation. La séparation traditionnelle des pouvoirs se trouvait concurrencée par un pôle de décision inconnu de la théorie constitutionnelle classique.

C'est pourquoi l'état d'exception sanitaire révèle l'effacement de la frontière entre le régime d'administration normale et l'état d'exception. Les réponses politiques aux crises économiques, les nationalisations brutales du début des années quatre-vingt en France, ou les mesures exceptionnelles prises à la suite de la crise financière de 2008, rappelaient déjà des formes d'état d'exception. La question de savoir si les banques centrales respectent leur mandat dans les situations crise financière pose d'une autre façon le problème de la relation entre le normal et l'exceptionnel.

La doctrine classique de l'état d'exception en faisait un outil de traitement de la menace extérieure ou de la subversion intérieure. Mais dès lors que l'Etat sortit des limites assignées par la théorie libérale, dès lors qu'il devint le pilote de la vie sociale, l'état d'exception était

¹ Voir Rabault H. La théorie des droits fondamentaux de Niklas Luhmann: une apologie critique des droits fondamentaux // *Droits*. – Paris, 2017. – N 65. – P. 163–179.

susceptible de se trouver étendu à tous les domaines d'intervention de l'Etat. Cela explique que l'état d'exception cesse de constituer une forme juridique authentiquement extraordinaire pour devenir, répétons-le, un outil d'administration sectorielle.

– Conflit de droits fondamentaux

Dans la version libérale de ce type de situation, le droit à la sûreté constituait le fondement logique de l'état d'exception. C'est parce que la menace extérieure ou intérieure portait atteinte à la fonction centrale de l'Etat de garantie de la sûreté individuelle que la suspension des droits libéraux, dont la garantie était également une fonction de l'Etat, pouvait être justifiée¹. La crise sanitaire ne représentant pas une menace politique pour l'Etat, le fondement constitutionnel de l'état d'exception sanitaire ne pouvait résider que dans l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946 : «[La nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.» C'est le droit individuel à la «protection de la santé», le droit de chaque individu à l'accès aux techniques médicales les plus avancées, qui pouvait constituer le fondement d'une suspension des droits fondamentaux libéraux.

L'état d'exception sanitaire manifeste donc le conflit entre des droits fondamentaux de deux natures différentes, d'un côté, le droit à une non-intervention de l'Etat dans la sphère privée (*status negativus*), le droit individuel à «l'épanouissement», selon l'heureuse formule de l'article 2 de la Loi fondamentale allemande, politique, religieux, économique, culturel, etc., et, de l'autre, le droit individuel à un soutien (*status positivus*) maximal de la part de l'Etat². L'état d'exception sanitaire est en ce sens une expression du primat des droits sociaux sur les droits libéraux³. L'état d'exception politique correspondait à la théorie du sacrifice des droits individuels au salut de la communauté politique. L'état d'exception sanitaire semble correspondre davantage à une logique inverse, de sacrifice collectif, à une suspension de

¹ Idée synthétisée dans la Déclaration de 1789, à l'article 2: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression».

² Sur la fameuse distinction entre *status negativus*, *status positivus* et *status activus*, voir Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. – Berlin: O. Häring, 1914. – S. 418–427.

³ Voir Rabault H. Une ‘république sociale’? Le paradoxe des droits ‘économiques et sociaux’ // *Diritti sociali e crisi. Problemi e prospettive* / Silvio Gambino (direction). – Torino: G. Giappichelli editore, 2015. – P. 133–143.

l'existence économique, culturelle, etc., collective, au profit du droit individuel d'accès aux technologies de santé les plus sophistiquées.

Conclusion: L'état d'exception comme extension de la sphère du pouvoir discrétionnaire. – Dans l'ordre juridique libéral, l'immixtion de l'autorité dans la sphère privée, c'est-à-dire la restriction des libertés, politiques, religieuses ou économiques, supposait, en principe, un fondement législatif. Toutefois, l'idée d'une soumission de l'Etat à la légalité n'a jamais abouti à une application complète. C'est ce que montre la distinction du droit administratif entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire.

Dans la tradition d'Ancien régime, l'autorité se trouvait toujours en situation de pouvoir discrétionnaire en ce sens que l'action de l'Etat était régie par sa finalité¹. La formule selon laquelle le droit aux fins donne le droit aux moyens – *Jus ad finem dat jus ad media* – justifiait le caractère absolu du pouvoir de l'Etat. C'est pourquoi il reste impossible de repérer un état d'exception au sens le plus strict dans la théorie du droit public de l'absolutisme. L'autorité demeurait toujours habilitée à intervenir où cela lui semblait nécessaire, à se soustraire aux règles du droit commun. Tel est le sens originel de la notion de souveraineté.

La notion d'état d'exception est en revanche une conséquence de l'instauration d'une théorie de la légalité garante des droits fondamentaux. Mais l'existence d'un domaine où la finalité dicte les moyens n'a jamais disparu des méthodes de l'Etat de droit. C'est précisément ce type de question que le droit administratif de l'Europe continentale traite à travers les notions, en France, de «pouvoir discrétionnaire», ou, en Allemagne, de «libre appréciation» (*freies Ermessen*) des autorités étatiques². Ce type de théorie signifie qu'en ce qui concerne certaines finalités concrètes, l'action de l'Etat ne saurait se trouver subordonnée à une légalité stricte. Pas plus que l'empire des droits fondamentaux, l'empire de la loi ne saurait être absolument contraignant pour l'Etat.

¹ Sur le passage d'un Etat fondé sur une théorie de la finalité à un Etat reposant sur une théorie de la légalité, c'est-à-dire sur l'évolution de l'Etat de police vers l'Etat de droit, nous suivons Luhmann N. Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen (1968). – Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. – P. 88–106.

² Sur ces notions, voir notamment Frier P-L., Petit J. Droit administrative. – Issy-les-Moulineaux: LGDJ-Lextenso, 2015. – P. 558–567; Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. – München: Beck, 2011. – S. 141–172. Pour un éclairage comparatiste, voir Fromont M. Droit administratif des Etats européens. – Paris: PUF, 2006. – P. 201–204.

La théorie de l'état d'exception, telle qu'elle fut systématisée par Carl Schmitt, apparaît sous cet angle comme une extension aux questions constitutionnelles d'une problématique administrative. Il est dès lors facile de comprendre comment la proclamation de l'état d'exception sanitaire a pu se suffire, en France, comme il a été dit en introduction, de mesures prises sur la base des pouvoirs ordinaires de police du premier ministre. Dans le cas de la France, l'état d'exception sanitaire s'est manifesté, ce qui n'est d'ailleurs pas inhabituel¹, par le traitement de questions de niveau constitutionnel à travers les techniques du droit administratif. C'est ainsi que dans l'état d'exception sanitaire, l'état d'exception cesse d'être un problème constitutionnel, pour se transformer, comme nous l'avons montré, en une technique d'administration sectorielle.

¹ Voir *Rabault H.* Le Conseil d'Etat juge constitutionnel, note sous Conseil d'Etat, 13 décembre 2017, req. n° 411788, Président du Sénat, Les Petites Affiches, 26 mars 2018, n° 61. – P. 13–19.

С.И. Коданева¹

**УРОКИ ПАНДЕМИИ: ОКНО ВОЗМОЖНОСТЕЙ
ДЛЯ ТРАНСФОРМАЦИИ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ
КОНСТИТУЦИИ ЕВРОСОЮЗА.**

**(Рецензия на статью Х.-В. Миклitzа «Угроза COVID-19:
возможность переосмыслить европейскую экономическую
конституцию и европейское частное право»²). (Рецензия)**

Аннотация. Х.-В. Миклitz в своей статье вскрывает ряд крайне серьезных проблем в существующем правовом регулировании Евросоюза, который подняла на пик актуальности пандемия COVID-19. Сегодня снова встает вопрос о будущем Экономической конституции ЕС, что предоставляет правоведам широкие возможности выйти за рамки традиционного понимания ее содержания и открывает новое «окно возможностей» для переосмысления и трансформации как частного права ЕС, так и Союза в целом.

Ключевые слова: европейская экономическая конституция; европейское частное право; пандемия, «окно возможностей».

S.I. Kodaneva

Lessons of the Pandemic: a ‘Window of Opportunity’ for Transforming the Economic Constitution of the European Union (the Review of the Article by Hans-W. Micklitz «The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law»). (Review)

Abstract. H.-V. Micklitz in his article reveals a number of extremely serious problems in the existing legal regulation of the European Union, which was raised to

¹ Светлана Игоревна Коданева – старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

² Micklitz H.-W. The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law // European journal of risk regulation. – Cambridge, 2020. – Vol. 11, N 2 – P. 249–255.

the peak of relevance by the COVID-19 pandemic. Today, the question of the future of the EU Economic Constitution is again raised, which provides legal scholars with a wide opportunity to go beyond the traditional understanding of its content and opens a new «window of opportunity» for rethinking and transforming both private EU law and the Union as a whole.

Keywords: European Economic Constitution; European private law; pandemic; «window of opportunity».

Статья профессора экономического права Юридического факультета Европейского университетского института (European University Institute) и Университета Хельсинки (University of Helsinki) Ханса-Волфганга Миклита (Hans-Wolfgang Micklitz) затрагивает глубинные вопросы будущего Европейского союза, которые еще больше обострились в условиях пандемии COVID-19. Сегодня многие исследователи пытаются анализировать последствия этого явления, оказавшего воздействие на все сферы жизни человечества: политические (особенно проблемы, связанные с отношениями национальных государств на международной арене), социальные (способность государств оказывать своим гражданам необходимую медицинскую помощь и предоставить необходимые меры социальной поддержки тем, кто оказался в трудной жизненной ситуации из-за последствий пандемии, проблемы обеспечения равного доступа к медицинской помощи различных групп населения и т.д.) и экономические (пандемия – это не просто кризис, но шок как для отдельных отраслей, так и для экономики в целом).

Профессор Ханс-В. Миклита много лет своей профессиональной деятельности посвятил изучению проблем европейского экономического права (в том числе, в Институте Макса Планки (Max-Planck-Institute), Университетах Бамберга / Эрлангена (Universities of Bamberg / Erlangen) и Институте европейского и потребительского права (Institute of European and Consumer Law). Помимо этого, его проект «Европейское регулирующее частное право» получил грант European Resuscitation Council. Он является автором многочисленных трудов, наиболее значимыми из которых стали «Европейское экономическое право» («European Economic Law», Farnham: Ashgate, 1997), «Политика сотрудничества судебных органов в ЕС» («The Politics of Judicial Cooperation in the EU», Cambridge: Cambridge University Press, 2005) и «Политика Правосудия в частном праве ЕС» («The Politics of Justice in EU Private Law», Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

Таким образом, поднятые в рассматриваемой работе Х.-В. Миклitzем вопросы являются результатом его многолетних исследований, переосмысленным под воздействием столь глобального явления, как пандемия COVID-19.

И действительно, нынешний кризис радикально отличается от всего, что было раньше. Так, пять лет назад, когда мир охватил сначала финансовый, а потом экономический кризис, Марио Драги (Президент Европейского центрального банка) заявил: «В рамках нашего мандата Европейский Центральный банк готов сделать все возможное для сохранения евро»¹. Он использовал кризис для создания Европейской экономической конституции, которая должна была обеспечить финансовую стабильность. Тогда именно наднациональный – европейский орган выступил ключевым действующим лицом в решении кризисной ситуации. Однако это был кризис, затронувший только одну сферу жизни европейского сообщества – денежно-кредитную, что полностью вписывалось в существующие рамки полномочий ЕС.

Нынешний кризис, как было отмечено выше, носит всеобъемлющий характер, при котором на первый план выходят не экономические и финансовые, а социальные проблемы, решать которые приходится каждому государству в отдельности. А Евросоюз не имеет в этой сфере никаких полномочий. Как отмечает Х.-В. Миклitz, это стало возрождением национальных суверенных государств и тем, чего добивались критики Европейского неолиберализма. Более того, нынешний кризис продемонстрировал слабость ЕС как квазигосударства с квазиконституционным правовым порядком, базирующимся на переданных государствами-членами экономических полномочиях, при сохранении ими основополагающих полномочий, необходимых для разрешения социальных кризисов².

Это означает, что сейчас перед ЕС открывается окно возможностей для фундаментального пересмотра Европейской экономической конституции и, соответственно, Европейского частного права. Но каким будет этот пересмотр и вообще, что произойдет с Союзом в посткоронавирусную эпоху? Это может быть вариант мгновенного распада ЕС, спрогнозированный еще в 2017 г.

¹ Micklitz H.-W. The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law // European journal of risk regulation. – Cambridge, 2020. – Vol. 11, N 2 – P. 249.

² Ibid. – P. 250.

И. Крастевым¹, или взгляд на мир через торговую миссию, означающий отказ от политической и теоретической возможности для серьезной и существенной реформы ЕС, предложенный в 2018 году Ж.Б. Крузом².

Х.-В. Миклitz предлагает свое видение, основанное на том, что национальные государства в период пандемии продемонстрировали свою неспособность справляться с решением сложных социальных задач. А это дает повод ставить вопрос о передаче соответствующих полномочий на уровень ЕС. Тем более, что с самого момента создания Союза многие философы и теоретики права критиковали то, что Европейская экономическая конституция не отражала социального влияния внутреннего рынка на национальные общества и европейское общество в целом. Так, Г. Дэвис³ еще в 2013-м поднимал вопросы воздействия единого рынка и в особенности онлайн торговли на социальные и культурные коммуникации, которые заменяются сетевыми коммуникациями. И это только одна из видимых проблем.

По мнению Х.-В. Миклита, право может и должно создавать единое европейское сообщество взамен множества национальных сообществ. И в этом смысле отсутствие единого европейского государства не является препятствием, но создает новые возможности для права, которое должно быть обращено не к «внутреннему рынку», но к «сообществу внутреннего рынка». Адресатами права должны быть граждане-потребители, граждане-работники и граждане-работодатели. Такой комплексный подход позволит создать единое «зонтичное» правовое регулирование взамен деления в зависимости от статуса субъекта права⁴.

Спорным моментом при таком подходе является то, насколько он совместим с сохраняющимся национальным гражданством и национальным суверенитетом.

Пандемия COVID-19 подняла и еще одну серьезную проблему – соотношение Европейской экономической конституции с целями устойчивого развития ООН. Действительно, принципами,

¹ Krastev I. After Europe. – Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2017. – 128 p.

² Cruz J.B. What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law. – Oxford: Oxford University Press, 2018. – 224 p.

³ Davies G. Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law // The Involvement of EU Law in Private Law Relationships. – Oxford: Hart Publishing. – 2013. – P. 53–70.

⁴ Micklitz H.-W. Op. cit. – P. 252.

положенными в основу формирования «единого рынка», являются свободный рынок, повышение экономической эффективности и максимизация прибыли. При этом в расчет не принимаются негативные социальные и экологические последствия такой агрессивной экономической политики. Пандемия продемонстрировала эти последствия, и стало очевидно, что необходимо обеспечить сектор здравоохранения жизненно важными медицинскими устройствами и фармацевтическими препаратами, а для этого необходимо, чтобы основные отрасли промышленности располагались на территории ЕС, даже если это не отвечает требованиям экономической эффективности. Есть и множество других примеров негативного влияния единого рынка: так, Европейский Суд правосудия (European Court of Justice) в ряде споров признал коллективные действия профсоюзов, направленные на защиту трудовых прав граждан своих стран, нарушающими законодательство ЕС о едином рынке¹, также в качестве нарушения требований о едином рынке рассматриваются действия государств-членов, направленные на поддержку развития «зеленой» энергетики².

Очевидно, что такой серьезный перекос в сторону ничем не ограниченной свободы рынка в ущерб социальным и экологическим интересам развития в долгосрочной перспективе приведет к крайне негативным последствиям и для государств-членов, и для Союза в целом.

Поэтому нельзя не согласиться с Х.-В. Миклитцем, который уверен, что Европейская экономическая конституция должна быть серьезно пересмотрена с тем, чтобы заложенные в нее принципы функционирования внутреннего рынка ЕС в полной мере учитывали 17 целей устойчивого развития ООН, поскольку сегодня отдельные положения, закрепленные в статьях 3 и 191 Договора о функционировании Европейского союза, делают практически невозможным связать микро- и макроэкономическую ситуацию с негативным воздействием на окружающую среду или негативными социальными последствиями. Более того, по его мнению, Европейская экономическая Конституция должна подталкивать госу-

¹ Jędrzejowska-Schiffauer I. Mere objectives or hard law? A case study on the EU's social policy in the context of free market economy // Economics and sociology. – Wrocław, 2017. – Vol. 10, N 3. – P. 237–250.

² Durán G.M. Sheltering government support to «green» electricity: the European Union and the World Trade Organization // International & comparative law quarterly. – Cambridge, 2018. – Vol. 67, N 1. – P. 129–165.

дарства-члены к серьезной трансформации, которую он называет «государственным переворотом» – переходом к «l’État Providence» – превентивному государству¹.

Наконец, третий важный вопрос, который обрел новую актуальность в связи с пандемией – это цифровизация. Очевидно, что COVID-19 ускорит и узаконит цифровую трансформацию общества и экономики. Логическим обоснованием этому является стимулирование экономического роста на внутреннем (цифровом) рынке посредством цифровизации всех сфер, начиная с онлайн-торговли и заканчивая онлайн-медициной и онлайн-образованием.

Частное право ЕС посредством контрактов, кодексов и стандартов, выходящих за рамки национального государства, способствует этому. Более того, ЕС является лидером в установлении правового регулирования различных аспектов, связанных с цифровизацией. В частности, правовую базу сегодня составляют такие акты, как: Общий регламент по защите персональных данных (General Data Protection Regulation), Директива ЕС по авторскому праву (Copyright Directive), Директива ЕС о цифровом контенте (Directive on Digital Content), а также Регламент ЕС о Платформе-для-бизнеса (Platform-toBusiness Regulation). Эти нормативные акты являются столпами формирующейся Европейской цифровой конституции, которая должна закрепить принципы, которые лягут в основу как европейского, так и национального права. Очевидно, что помимо этого она должна закрепить и определенные «красные линии», которые нельзя будет переступать. Но что это за границы? Какие риски несет с собой цифровизация?

Пандемия вывела один из таких рисков – возможность появления «государства наблюдения», способного чрезмерно жестко контролировать своих граждан с использованием цифровых технологий. Поэтому нельзя не согласиться с призывом Х.-В. Миклита, обращенным к юридическому сообществу, воспользоваться уроками пандемии для того, чтобы более взвешенно подойти к установлению правовых границ для будущей цифровой трансформации и выработке таких правовых моделей, которые обеспечили бы достаточный уровень защиты граждан и способствовали бы максимально эффективному и безопасному внедрению цифровых технологий в повседневную практику².

¹ Micklitz H.-W. Op.cit. – P. 253.

² Ibid. – P. 254.

Таким образом, пандемия COVID-19 вскрыла целый ряд крайне серьезных проблем, актуальных не только для Европейского союза, но и для всего мирового сообщества. Нынешний кризис открывает нам всем «окно возможностей» для трансформации сложившихся представлений о направлениях экономического развития, о том, каким образом оно должно быть связано с обеспечением устойчивого развития и какие последствия и для того и для другого влечет цифровизация. Что касается ЕС, то для правоведов, занимающихся исследованиями в сфере европейского права, особенно частного права, открываются широкие возможности выйти за рамки традиционного понимания сути и содержания Европейского экономической конституции и частного права Союза.

Раздел 2.

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.03

О.А. Тарасов¹

КОНСТИТУЦИОННАЯ МОДЕЛЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО УЧАСТИЯ В ЭКОНОМИКЕ РОССИИ. (Статья)

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению основных характеристик конституционной модели государственного участия в экономике как составной части экономической конституции Российской Федерации. В качестве элементов такой модели выбраны общие конституционные принципы государственного регулирования экономики, конституционные принципы государственного участия в экономике, конституционные социально-экономические цели, функции и задачи государства (в лице его органов и подведомственных экономических структур), определяющие границы, объем и допустимые формы государственного участия в экономике, контуры формирования государственного сектора в экономике и основные формы и механизмы государственного участия в хозяйственно-экономической жизни.

С учетом двухуровневой структуры конституционной системы Российской Федерации в статье рассмотрены соответствующие положения как Конституции Российской Федерации, так и конституций (уставов) субъектов Российской Федерации, в том числе конституционное разграничение компетенции между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации, определяющее границы государственного участия в экономике органов власти соответствующего уровня и подведомственных им экономических структур.

Среди основных конституционных принципов государственного участия в экономике особое внимание уделено принципам некоммерческого, социального характера государственного участия и функциональной обусловленности государственного участия необходимостью выполнения конституционно значимых государственных социально-экономических функций. В статье прослежен характер реализации данных принципов в законодательстве, определяющем компетенцию государственных органов и статус государственных экономических

¹ Олег Александрович Тарасов – референт Государственно-правового управления Администрации Президента Российской Федерации, кандидат юридических наук.

структур, включая публично-правовые компании, государственные корпорации, государственные предприятия.

В результате такого обзорного анализа сделаны выводы о необходимости существенного усиления механизма контроля за обеспечением соответствия конституционной модели реальных форм и механизмов государственного участия в экономике по таким направлениям, как разграничение регулятивных полномочий и полномочий по управлению имуществом и оказанию услуг в системе органов исполнительной власти; укрепление правового статуса и формирование полноценной организационно обособленной системы государственных банков, инвестиционных фондов и других государственных экономических служб, принципиально отличающихся от частнопредпринимательских структур; обеспечение некоммерческого характера деятельности публично-правовых компаний, иных государственных компаний и государственных предприятий; демонополизация и обеспечение «ухода государства» от участия в акционерных коммерческих обществах, деятельность которых не связана с реализацией конституционных государственных функций и задач.

Ключевые слова: государственное участие в экономике; конституционная модель государственного участия в экономике; принципы государственного участия; государственный сектор в экономике, формы государственного участия.

O.A. Tarasov
Constitutional Model of the State Participation
in the Economy in Russia. (Article)

Abstract. The article is devoted to the consideration of the main characteristics of the constitutional model of state participation in the economy as an integral part of the economic constitution of the Russian Federation. As elements of such a model, the general constitutional principles of state regulation of the economy, constitutional principles of state participation in the economy, constitutional socio-economic goals, functions and tasks of the state (represented by its bodies and subordinate economic structures), which determine the boundaries, volume and permissible forms of state participation in the economy, the contours of the formation of the public sector in the economy and the main forms and mechanisms of state participation in economic and economic life.

Taking into account the two-tier structure of the constitutional system of the Russian Federation, the article considers the relevant provisions of both the Constitution of the Russian Federation and the constitutions (charters) of the constituent entities of the Russian Federation, including the constitutional delimitation of competence between the Russian Federation and the constituent entities of the Russian Federation, which predetermines the boundaries of state participation in the economy of the authorities the corresponding level and their subordinate economic structures.

Among the basic constitutional principles of state participation in the economy, special attention is paid to the principles of the non-commercial, social nature of state participation and the functional conditionality of state participation by the need to perform constitutionally significant state socio-economic functions. The article traces the nature of the implementation of these principles in legislation that defines the compe-

tence of state bodies and the status of state economic structures, including public companies, state corporations, state enterprises.

As a result of such a review analysis, conclusions were drawn about the need to significantly strengthen the control mechanism for ensuring the compliance of the constitutional model with real forms and mechanisms of state participation in the economy in such areas as the delineation of regulatory powers and powers to manage property and provide services in the system of executive authorities; strengthening the legal status and forming a full-fledged organizationally separate system of state banks, investment funds and other state economic services, which are fundamentally different from private-entrepreneurial structures; ensuring the non-commercial nature of the activities of public-law companies, other state-owned companies and state-owned enterprises, monopolization and ensuring “state withdrawal” from participation in joint-stock commercial companies, whose activities are not related to the implementation of constitutional state functions and tasks.

Keywords: *state participation in the economy; constitutional model of state participation in the economy; principles of state participation; public sector in the economy; forms of state participation.*

1. При изучении конституционного регулирования принципов функционирования социально-экономической системы Российской Федерации, принципов и механизмов действия экономической конституции России наиболее основательно теоретически осмысленными оказались вопросы содержания установленных статьями 7–9 Конституции Российской Федерации¹ принципов строения и функционирования основ экономики, относящихся к основам конституционного строя, и содержания социально-экономических прав граждан. Помимо их научного исследования, сделаны шаги и по выработке конституционно-правовой судебной доктрины. Благодаря наличию практики рассмотрения Конституционным Судом Российской Федерации запросов граждан и организаций, участвующих в экономической деятельности, сформированы соответствующие правовые позиции Конституционного суда, отражающие официальное толкование конституционных положений и направленные преимущественно на определение конституционных оснований и границ вмешательства государства в свободу предпринимательства при регулировании экономической деятельности граждан и частных организаций. В частности, в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 12 ноября 2003 г. 17-П и от 13 июля 2010 г. № 16-П указано на допустимость только такого ограничения свободы предпринимательской деятельности, которое отвечает критериям необходимости, соразмерности и пропорциональности обеспечения нахождения баланса

публичных и частных интересов. Конституционные ограничения и пределы административно-властной деятельности контрольно-надзорных служб, направленные на обеспечение защиты свободы предпринимательской деятельности, на ограждение бизнеса от необоснованного вмешательства в предпринимательскую деятельность и на обеспечение «дерегулирования» и снижения «административной нагрузки» и «административных барьеров для бизнеса», в определенной мере учитываются в процессе нормативного регулирования контрольно-надзорной деятельности, в том числе путем применения процедуры так называемой оценки регулирующего воздействия, в судебной практике и в деятельности специального института уполномоченных по защите прав предпринимателей. Таким образом, созданы основы конституционно-правовой доктрины ограждения свободы частнохозяйственной деятельности от государственного вмешательства как условия функционирования свободной рыночной экономики. В то же время ни в науке, ни в судебной практике не осуществлено необходимого осмысления и не предложено общепризнанного доктринального толкования конституционных положений, определяющих границы, объем и допустимые формы государственного участия в экономике России.

Рассмотрение вопросов допустимых с конституционной точки зрения границ и объема государственного регулирования экономики и государственного участия в экономике является одним из ключевых элементов теории экономической конституции. В правовом государстве в силу самой его природы очевидна необходимость не только ограничения вмешательства государственной власти в сферу экономической деятельности, но и установления пределов государственного регулирования экономики и государственного участия в экономической деятельности. Огосударствление экономики, слияние политической и экономической власти неминуемо влекут сужение сферы не только экономической, но и личной свободы, формируют условия для ограничения не только экономической, но и политической конкуренции. Поэтому экономическая конституция по прежнему призвана обеспечивать цель «ограничения государственного участия в экономике». Вместе с тем в современном обществе государство решает столь разнообразные задачи и имеет столь разветвленную систему функций с соответствующим набором государственных органов и подведомственных им институтов и экономических служб, что определение допустимых границ государственного участия в экономике представляет собой чрезвычайно сложный процесс, который к тому же

подвержен быстрым изменениям. В связи с этим построение конституционной модели государственного участия в экономике может служить инструментом выявления ключевых принципов и ориентиров государственного участия в экономике. Такие принципы и ориентиры позволяют в допускаемых Конституцией РФ рамках варьировать экономическую политику и совершенствовать текущее законодательство без угрозы размытия устоев конституционной модели государственного регулирования экономики, без нарушения экономической конституции. При этом, при соблюдении этих устоев в границах широкого «конституционного коридора», экономическая политика государства в силу конституционных принципов политического плюрализма и свободной конкуренции идей может достаточно гибко меняться в зависимости не только от внутренней и международной ситуации, достигнутого уровня социально-экономического развития, но и от идеологических и партийно-политических предпочтений сил, побеждающих на парламентских и президентских выборах.

2. Конституционная модель рассматривается как идеальный образ конституционно-правового института, в том числе института конституционных основ экономического строя¹. Конституционная модель государственного участия в экономике, прежде всего, характеризуется конституционными принципами государственного регулирования экономики, которые определяют общие границы государственного участия в экономике. Более детально и предметно границы государственного участия устанавливаются конституционными экономическими целями и функциями государства, основами формирования и функционирования государственного сектора в экономике, инвестирования и иных форм государственного участия в экономике в целом и в ее отдельных отраслях, в том числе путем конституционного разграничения компетенции между Российской Федерацией и ее субъектами, предопределяющего государственное участие в экономике.

Конституционные принципы государственного регулирования экономики и конституционная роль государства в регулировании экономики и в участии в экономических отношениях рассматривались в науке с различных сторон, в том числе как составная часть и «государственническое» проявление принципов экономи-

¹ Шахрай С.М. 25 лет Конституции Российской Федерации: реализация и развитие конституционных моделей // Lex russica (Русский закон). – 2018. – № 11. – С. 10.

ческой конституции, как элемент конституционных основ экономической системы или основ конституционного экономического строя¹, как составная часть экономического конституционализма². В рамках данной работы важно установить, каким образом взаимосвязанные принципы экономической конституции, закрепленные в ст. 7–9, 34, 75 и ряде других статей Конституции РФ, определяют границы, пределы для государственного участия в экономике.

В обществе со сложившейся и устойчивой рыночной экономикой государство не является непосредственным участником рыночных отношений. Государственные структуры, включая государственные агентства, институты развития и иные экономические службы, не занимаются коммерческой предпринимательской деятельностью, т.е. деятельностью по извлечению прибыли, формированию и росту капитала соответствующей организации на основе принципа «разрешена любая прямо не запрещенная предпринимательская деятельность». Государство призвано регулировать и «настраивать» рынок, в частности путем использования инструментов денежно-кредитной, валютной и ценовой политики, налоговой политики. Оно также должно восстанавливать жизнеспособность рыночной экономики в кризисный период. Это наглядно проявляется в настоящее время, когда государство призвано восстанавливать экономику и поддерживать не только малый и средний бизнес, но даже и крупный бизнес, пострадавшие в период борьбы с пандемией. Государство также непосредственно участвует в создании и поддержании устойчивости инфраструктуры экономики, тем самым способствуя развитию и поддержанию устойчивого функционирования общегосударственного рынка. Все эти виды деятельности имеют публичный и в определенном смысле социальный характер, поскольку направлены на удовлетворение не частных, а общих, публичных экономических интересов. Потенциал государственной собственности, финансовые, кадровые и органи-

¹ Гаджиев Г.А. Экономическая конституция. Конституционные гарантии свободы предпринимательской (экономической) деятельности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – № 1(16). – С. 4–14; Брызгунова О.В. Конституционные принципы регулирования экономических отношений в Российской Федерации и субъектах Российской Федерации. автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Пенза. 2010. – 24 с.; Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст. Аналитический доклад. – М.: Институт права и публичной политики, 2014. – 76 с.

² Бондарь С.Н. Экономический конституционализм России: очерки теории и практики. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2017. – 272 с.

зационные возможности могут использоваться только в общесоциальных интересах, а не в интересах отдельной государственной или контролируемой государством хозяйственной структуры. В силу конституционных ограничений государственное участие не только в самом производстве, но и в финансировании, кредитовании производства, либо в гарантированных закупках товаров и услуг допускается лишь постольку, поскольку такое участие обусловлено конституционными государственными задачами и функциями. В целях поддержания устойчивости или обеспечения послекризисного восстановления экономической системы в целом, а также в целях обеспечения становления рынка в ранее огосударствленных, нерыночных сегментах экономики конституционно правомерным может быть признано сохранение присутствия государства на рынке на временной и ограниченной основе.

При развитой рыночной экономике в правовом государстве¹ политическая власть и «бизнес», включая крупный бизнес, корпорации, должны быть разведены с тем, чтобы исключить конфликт интересов государства как регулятора, устанавливающего правила функционирования экономики, арбитра соблюдения этих правил и государства как участника рынка. Если предположить обратное, т.е. возможность допущения свободного участия в предпринимательской деятельности государства в лице тех или иных его представителей (государственных агентств экономического профиля либо не входящих в систему органов исполнительной власти государственных экономических структур, например государственных банков, государственных корпораций, государственных компаний и т.п.), неизбежно будет возникать ситуация конфликта интересов. Государство не сможет полноценно осуществлять роль регулятора экономики, содействующего функционированию рынка, арбитра в экономических спорах, ограничителя монополий, поскольку помимо публичных общеэкономических задач и интересов у него возникнет частный экономический интерес, оно не сможет сохранить нейтральность. В силу своего положения государственная хозяйственная структура (включая формально являющееся негосударственной коммерческой организацией акционерное общество, в управлении которым участвует представитель государства) заведомо не может рассматриваться как занимающая равное положение на

¹ О роли правового государства в регулировании рыночной экономики см.: Павликов С.Г. Экономическая конституция в правовом государстве: монография. – М.: ИНФРА-М, 2016. – 144 С.

рынке. Свободное неограниченное участие государственных экономических структур в предпринимательской деятельности ведет к нарушению базовых конституционных принципов рыночной экономики, а также создает условия для злоупотребления властью и коррупции.

В Российской Федерации к моменту принятия Конституции РФ в 1993 г., конечно, экономика была не рыночной, а переходной, смешанной, в ней имелись черты административных постсоциалистических и рыночных способов ведения хозяйства. Переходный характер самой экономики и отношения к государственному участию в ведении экономической деятельности отразился и в некоторых положениях Конституции РФ, например, в положении ст. 9 о признании и равной защите государственной, частной и иных форм собственности (при фактически полном преобладании использующих государственную собственность предприятий в крупной промышленности и во многих других отраслях экономики), в отнесении к ведению государства значительной части инфраструктурных отраслей (федеральные энергетические системы, транспорт, связь и др.) как определенное продолжение социалистической традиции сосредоточения исключительно в государственных руках ключевых секторов народного хозяйства. Вместе с тем основные конституционные принципы функционирования и государственного регулирования экономики – принципы свободы предпринимательской и иной экономической деятельности, поощрения конкуренции (ч. 1 ст. 8 и ч. 1 ст. 34 Конституции РФ), недопустимости экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ), определили рыночный вектор форм государственного регулирования экономики и государственного участия в экономике в направлении использования модели стран с рыночной экономикой. Кроме того, в течение 90-х годов XX и нулевых годов XXI в. путем принятия соответствующих законодательных и организационных мер в основном были осуществлены «разгосударствление экономики», приватизация госсобственности и переход к преимущественно рыночной экономике, хотя и сильно монополизированной созданными в той или иной мере по инициативе или при участии государства крупными полугосударственными корпорациями.

Конституцией РФ не только допускается, но и в той или иной степени предусматривается и поощряется участие государства в экономической деятельности в различных формах. При этом, однако, такое участие допустимо лишь при условии его соответст-

вия конституционным экономическим целям государства. В качестве таких основных, базовых целей можно было бы предложить рассматривать обеспечение общих (публичных, национальных, государственных) социально-экономических интересов, создание условий для устойчивого сбалансированного и комплексного социально-экономического развития общества. Государственное регулирование обеспечивает направление, коррекцию и стимулирование участников хозяйственно-экономической деятельности к достижению общезначимых целей¹, а государственное участие применяется в той мере, в какой сумма частных интересов не может обеспечить достижение таких целей.

Участие государственных экономических структур в экономической деятельности ограничивается на основе правила, обратного свободе предпринимательства: допускается лишь прямо предусмотренная нормативными правовыми актами и уставными документами государственной организации хозяйственно-экономическая деятельность, реализующая функции государства, т.е. отражающая определенные публичные интересы. Такая управленческая деятельность имеет общий экономический эффект в масштабе всей экономики, национального рынка. При рациональной организации и должном уровне эффективности управления она реализует задачи сохранения и преумножения национального достояния (природы и ее ресурсов, культуры, научных и технических достижений, технологий) и возрастания национального богатства в целом. Государственное участие в любых формах, например, в форме прямого государственного хозяйствования и управления объектами государственной собственности, в форме государственных инвестиций, кредитования и страхования экономической деятельности, государственных закупок, направлено не столько на обеспечение локальных экономических целей – окупаемости и прибыльности соответствующей деятельности экономической структуры (хотя и такая задача может попутно решаться), сколько на удовлетворение определенного рода общественных, публичных потребностей в масштабах либо всего государства, либо макрорегиона, либо субъекта Российской Федерации, либо местного сообщества. Поступление стабильных бюджетных доходов с возможностью перераспределения финансовых ресурсов через бюджет в пользу

¹ О конституционных целях государственного регулирования экономических отношений см. напр.: Григорьева В.А. Конституционно-правовое положение государства в российской экономической системе. – М.: ВАКО, 2015. – 216 с.

некоммерческих секторов в государстве обеспечивается через налоги и иные доходные источники, получаемые преимущественно от рыночных секторов экономики. Государство при разумной экономической и финансовой политике способствует устойчивому и сбалансированному развитию рыночной экономики, содействует устранению диспропорций в отраслевой структуре экономики. При этом государство не вправе формировать или поддерживать государственные или контролируемые государством компании исключительно в целях гарантированного поступления доходов от их деятельности. Такие государственные компании, возможно, могли бы рассматриваться как экономически эффективные, но их существование явно противоречит принципам рыночной конкуренции и ограничения монополий.

Конституционные принципы рыночной экономики исследованы достаточно подробно, в том числе в приведенных выше работах. С учетом результатов научного анализа этих принципов для целей определения конституционных рамок государственного участия в экономике их можно разделить на две основные группы. Первая группа принципов имеет универсальный характер и действует в отношении всех участников хозяйственно-экономической деятельности, в том числе и государственных экономических структур. Это принципы единства экономического пространства, включая свободу перемещения товаров, услуг, денежных средств, капиталов, стабильности денежно-кредитной системы, равенства прав участников гражданско-правовых отношений, включая юридическое равенство государства, государственных учреждений и иных публично-правовых образований с физическими лицами и частными юридическими лицами в таких отношениях, равная правовая защита собственности. Вторая группа относится к регулированию собственно коммерческой частнопредпринимательской деятельности, осуществляемой участниками рынка свободно в своих интересах. Это принцип свободы хозяйственно-предпринимательской деятельности, как ее части – свободы выбора направлений деятельности, в том числе инвестиционной, свободы кооперации; это принцип поощрения конкуренции и как его следствие – принцип запрета возникновения и устранение монополии на рынке; принцип обеспечения юридической защиты предпринимательской деятельности, обеспечения неприкосновенности частной собственности и незыблемости иных гарантий экономической свободы для частных лиц и корпораций.

Некоторые принципы более конкретно, чем в федеральной Конституции, сформулированы в конституциях (уставах) ряда субъектов Федерации. Так, в ч. 1 ст. 17 Конституции Республики Татарстан указывается, что основу экономики Республики составляет социальное рыночное хозяйство, в котором в соответствии с законом обеспечивается свобода хозяйственной деятельности и разнообразие форм собственности, равные условия их правовой защиты. Формулировка «социальное рыночное хозяйство» как основа экономики, отсутствующая в Конституции РФ, вполне согласуется с принципами экономической конституции России и подчеркивает совмещение в характеристике российской экономики частных (рыночное хозяйство) и публичных, общих интересов (социальное хозяйство). В ч. 3 той же статьи указывается на регулирование Республикой экономического развития посредством в том числе структурной, инвестиционной, кредитной, ценовой и иной хозяйственной политики, не вмешиваясь в деятельность хозяйствующих субъектов. В ст. 51 Конституции Республики закреплено положение о защите Республикой интересов потребителей и поддержке общественной деятельности по защите прав потребителей. Данное положение содержит значимый принцип государственного регулирования рыночной экономики, в которой заказчиком и двигателем хозяйственной деятельности выступает потребитель, потребительский спрос, и в которой потребитель имеет приоритет перед производителем. В Уставе Иркутской области от 17.04.2009 г. сформулированы принципы осуществления публичной власти, в числе которых прямо указан принцип недопустимости не основанного на законе вмешательства в экономическую деятельность (п. 8 ч. 2 ст. 5).

На основе и в соответствии с рассмотренными конституционными принципами государственного регулирования экономики, имеющими универсальное значение, можно сформулировать в качестве более специализированных и прикладных принципов принципы государственного участия в экономике. Представляется возможным отнести к ним следующие принципы:

1) функциональной обусловленности государственного участия необходимостью выполнение конституционно значимых государственных социально-экономических функций;

2) некоммерческого, социального характера государственного участия с целью реализации публичных, общезначимых экономических и социальных услуг, обеспечивающих основные социальные потребности населения;

- 3) ограниченности государственного участия;
- 4) исключения монополизации государством соответствующего сектора экономики, за исключением небольшого числа секторов в сферах обороны и безопасности;
- 5) поддержания рыночной среды, включая участие в восстановлении нормального функционирования рынка при преодолении последствий чрезвычайной ситуации или экономического кризиса;
- 6) поддержания баланса между обеспечением свободы внешнеэкономической деятельности, открытости страны для участия в глобальном рынке и защитой отечественных производителей и экономической безопасности;
- 7) сохранения и рачительного использования национального достояния, в том числе приоритета цели сбережения природных ресурсов для будущих поколений;
- 8) приоритета экологических задач;
- 9) государственно-частного партнерства.

3. Предметно-содержательная конституционная модель государственного участия в экономике, предопределяющая пределы государственного участия в экономике, выявляется путем установления конституционной функциональной обусловленности такого участия, т.е. путем конституционного установления социально-экономических целей, функций и задач государства (в лице его органов и подведомственных экономических структур), основных форм и механизмов государственного участия в хозяйственно-экономической жизни.

Помимо государственных целей, функций и задач, прямо предусмотренных Конституцией РФ в качестве государственных функций или направлений деятельности, в особенности при разграничении компетенции между федеральными и региональными органами власти, часть функций обусловлена иными конституционными положениями, рассматриваемыми во взаимосвязи с нормами о функциях.

Среди таких конституционных целей и функций Российского государства, как элементов экономической конституции, можно выделить следующие:

- 1) общая экономическая цель государства – обеспечение условий для устойчивого развития экономики, способного обеспечить поддержание достойного уровня благосостояния и качества жизни населения (*вытекает из ряда норм Конституции РФ, в том числе из положений п. «е2» ст. 71 Конституции РФ; поддержания устойчивости финансовой и денежной систем*);

2) общерегулятивные государственные экономические функции и задачи, направленные на достижение указанной цели, предопределяющие инструменты и механизм государственного воздействия на экономику и направления государственного участия:

– прогнозирование и программирование развития экономики в целом, ее отдельных отраслей и направлений, территориальное планирование, бюджетно-финансовое планирование и регулирование;

– поддержание стабильности валютно-денежной системы, устойчивости национальной денежной единицы (*имеют основание в положениях п. п. «ж» и «з» ст. 71 Конституции РФ, а также в нормах ст. 75 Конституции РФ о защите и обеспечении устойчивости рубля как основной функции Центрального банка Российской Федерации*);

– поддержание необходимых для устойчивого развития экономики структурных межотраслевых пропорций и балансов;

– создание необходимых правовых, организационных финансово-налоговых и иных условий для занятия предпринимательской деятельностью, стимулирование инвестиционной активности участников экономической деятельности;

3) государственные экономические функции, касающиеся отдельных отраслей экономики, предполагающие сохранение прямого государственного участия в хозяйственно-экономической деятельности и государственного контроля за частью хозяйственно-имущественного комплекса как формы государственного участия в такой деятельности:

– поддержание необходимого для функционирования экономики и жизнедеятельности населения состояния и развитие базовых инфраструктурных секторов экономики, в том числе: энергетической инфраструктуры, транспортной инфраструктуры, инфраструктуры связи и информатики, коммунальной инфраструктуры (в той мере в какой она не входит в сферу местного самоуправления), включая проектную и строительную деятельность (*имеет основание в п. «и» ст. 71 Конституции РФ, при этом перечисленные в нем предметы ведения являются одними из немногих прямо указанных в Конституции РФ конкретных секторов экономики, в которых не только осуществляется государственное регулирование, но и подразумевается активное участие федеральных экономических служб в хозяйственно-экономической деятельности, одновременно фактически определяются и возможные виды объектов федеральной государственной собственности*);

– поддержание и развитие оборонного производства и военно-оборонной экономической инфраструктуры, включая соответствующую проектную и строительную деятельность; поддержание технологической и информационной безопасности, а также ряда иных элементов безопасности в экономическом разрезе (*имеют основание в п. «м» ст. 71 Конституции РФ, а также в п. «и» ст. 71 указание на оборонное производство, что также прямо подразумевает государственное участие в соответствующем секторе промышленности как части экономики*);

– регулирование и осуществление деятельности по оказанию общедоступных публичных социальных услуг (представляется обоснованным для целей настоящей работы считать, что в широком смысле понятия «экономика», включают в себя и социальную сферу, социальную деятельность) и содействие некоммерческой экономической деятельности негосударственных участников, направленной на оказание таких услуг в таких сферах, как:

– наука, образование, культура, физическая культура и спорт, правовая защита, социальное обслуживание, поддержка семей с детьми, поддержка лиц с ограниченными возможностями, трудоустройство и обеспечение занятости, ремесла и другие традиционные занятия (*имеют основание в определении в ст. 7 Конституции РФ Российской Федерации как социального государства и в положении о развитии социальных служб; в положениях второй главы Конституции РФ о государственных гарантиях и государственных системах реализации конституционных прав на охрану здоровья и медицинскую помощь, на образование, на пользование учреждениями культуры и доступ к культурным ценностям, на социальное обеспечение и других прав и свобод; государственное участие в социальной экономической деятельности предопределяется также положениями п. п. «е» и «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ; государственное содействие некоммерческой экономической деятельности имеет основания в таких положениях Конституции РФ, как норма ч. 3 ст. 39 о поощрении создания дополнительных форм социального обеспечения и благотворительности, положение ч. 2 ст. 41 о поощрении деятельности, способствующей укреплению здоровья человека, развитию физической культуры и спорта, экологическому и санитарно-эпидемиологическому благополучию*);

– организация и участие в осуществлении градостроительной деятельности, в том числе в строительстве объектов коммунального хозяйства и социальной инфраструктуры, в жилищном

строительстве (совместно с муниципалитетами) (обусловлена конституционными государственными гарантиями права на жилище, в том числе положением ч. 3 ст. 40 Конституции РФ о предоставлении жилища малоимущим и иным указанным в законе гражданам, нуждающимся в жилище, бесплатно или за доступную плату из государственных, муниципальных и других жилищных фондов);

4) межотраслевые государственные экономические функции и задачи, связанные с государственным участием в определенных видах экономической деятельности:

– содействие научно-техническому развитию и совершенствованию используемых в экономике технологий, в том числе информационных (цифровых) и биотехнологий, содействие становлению и повышению конкурентоспособности инновационных секторов экономики и применяющих инновации хозяйствующих организаций (имеют основание в положениях п. «и» ст. 71 в силу ее связи с обеспечением общекономических задач государства, а также в п. «в» ч. 1 ст. 114 Конституции РФ об обеспечении Правительством Российской Федерации проведения в Российской Федерации единой государственной политики в области науки);

– осуществление внешнеэкономической деятельности и внешнеэкономических связей, в том числе поддержка высокотехнологического экспорта, а также принятие мер по обеспечению внешней экономической безопасности и конкурентоспособности национальной экономики (имеют основание в п. «л» ст. 71 Конституции РФ и в п. «о» ч. 1 ст. 72 об отнесении к совместному ведению координации внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации; при этом сами полномочия по осуществлению внешнеэкономических связей субъектов Федерации отнесены к их ведению и закреплены конституциями и уставами субъектов Российской Федерации);

– защита окружающей среды и обеспечение экологической безопасности, обеспечение сохранения и рационального использования природных ресурсов как национального достояния в интересах современных и будущих поколений, включая энергосбережение и содействие максимально возможному сокращению отходов и переходу к безотходному типу производства, снижению неблагоприятного воздействия экономики на климат (имеют основание в положениях ст. 9 Конституции РФ об использовании и охране земли и других природных ресурсов в Российской Федерации как основе жизни и деятельности народов, проживающих на соот-

ветствующей территории; в положениях ст. 3б; в п. п. «д» и «м» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ, а также п. «в» ч. 1 ст. 114 об обеспечении Правительством РФ проведения в Российской Федерации единой государственной политики в области экологии).

Указанные и ряд других конституционно обусловленных государственных функций и предметов ведения содержат ориентиры для определения конфигурации возможных секторов, сфер экономики и видов экономической деятельности, где допустимо или в некоторых сегментах даже обязательно должно быть обеспечено государственное участие в экономической деятельности. В силу неоднородности хозяйствственно-экономической системы, ее деления на отрасли экономики и виды экономической деятельности с различным соотношением пропорциональной доли в них частнопредпринимательских и публичных интересов, уровень вовлеченности государства в хозяйственно-экономическую деятельность в соответствующих секторах весьма различны. При этом допустимо привлечение частных некоммерческих организаций к выполнению государственных заказов на соответствующие услуги и осуществление иных форм государственно-частного партнерства с соблюдением принципа равного доступа к такому партнерству. Изменение содержания традиционных технологий (например, связи), развитие новых технологий, в особенности информационных («цифровизации экономики»), обусловливает постоянное изменение роли государства в регулировании соответствующих секторов и доли его участия в предоставлении соответствующих услуг. Эти изменения в целом ведут к демонополизации этих секторов и уменьшению прямых форм государственного участия.

Данные функции предопределяют основные формы государственного участия. Конституцией РФ устанавливаются и такие инструменты государственного управления, которые имеют «сквозной», общеуправленческий характер и сами по себе не обуславливают направления и границы участия государства в отдельных сферах экономики и видах экономической деятельности. Это, в частности, подготовка и реализация федеральных и региональных государственных программ экономического развития, национальных проектов, разграничение государственной собственности, управление федеральной и региональной собственностью, подготовка, утверждение и исполнение бюджета.

Деление государственных экономических функций на группы (общерегулятивные, отраслевые, предполагающие допустимость прямого государственного участия в хозяйственно-экономической

деятельности, и межотраслевые) предопределяет необходимость разграничения соответствующих функций между различными государственными органами, учреждениями и предприятиями и запрет на совмещение регулятивных функций и функций по непосредственному осуществлению экономической деятельности в одном органе или организации.

При рассмотрении системы основных конституционно обусловленных государственных функций, предопределяющих допустимые границы, а также формы государственного участия в экономике, в силу федеративного устройства и двухуровневого характера конституционной системы в России, необходимо учитывать не только функции, отраженные в Конституции РФ на федеральном уровне, но и соответствующие государственные функции, имеющие основания в конституциях (уставах) субъектов Российской Федерации. Так, помимо общеуправленческих функций в качестве дополнительных государственных функций конституции (уставы) субъектов Федерации устанавливают ряд государственных функций и задач, имеющих отраслевую направленность и позволяющих определить более конкретные зоны государственного участия в экономике. Так, в Уставе Краснодарского края от 18.07.1997 (ст. 75) выделена функция владения и пользования природными лечебными ресурсами, установления статуса лечебно-оздоровительных местностей и курортов как особо охраняемых объектов, что позволяет государству в определенных пределах участвовать не только в обеспечении сохранности природных ресурсов, но и в развитии курортов и курортной индустрии. Уставом города Москвы от 28.06.1995 среди полномочий города Москвы указаны регулирование градостроительной деятельности, архитектуры и художественного оформления города (п. 9 ч. 1 ст. 13), благоустройства территории (п. 10 ч. 1 ст. 13), развития городской инфраструктуры и обеспечения единства городского хозяйства (п. 13 ч. 1 ст. 13), что отражает специфику городов федерального значения. В Уставе Чукотского автономного округа¹ предусматривается ряд задач органов власти Чукотского автономного округа, направленных на осуществление мер по возрождению, сохранению самобытности и свободному развитию коренных малочисленных народов Севера, проживающих на его территории. Среди них указаны выделение бюджетных ассигнований на поддержание и развитие народных промыслов и традиций.

¹ Устав Чукотского автономного округа от 28.11.1997 (в ред. от 25.04.2017). – URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 01.07.2020).

онного природопользования (п. 1 ч. 1 ст. 19), возможность предоставления льгот организациям, занимающимся традиционными видами деятельности коренных малочисленных народов с преимущественным составом работающих из числа этих народов (п. 2 ч. 2 ст. 19).

4. Наряду с конституционным разграничением государственных функций и полномочий, определяющих сферы государственного участия в экономике, между уровнями власти существует и законодательное разграничение таких полномочий. По предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Федерации согласно ст. 76 Конституции РФ могут издаваться федеральные законы. На практике такие законы стали определять разграничение полномочий (а частично – и функций) органов власти федерации и регионов и механизм их взаимодействия при решении общих задач, что затронуло и разграничение государственных функций, связанных с государственным участием в экономике. Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ содержит перечень полномочий органов власти субъектов Федерации по предметам совместного ведения, реализуемых ими за счет своих региональных бюджетов (ч. 2 ст. 26.3), включающий в себя набор функций и полномочий различной отраслевой принадлежности, более детально разграниченных и урегулированных в отраслевых, предметных федеральных законах. Анализ указанного перечня функций и полномочий показывает, что наряду с государственным участием в отраслях экономики, имеющим основания в рассмотренных положениях Конституции РФ и аналогичных нормах конституций (уставов) субъектов Федерации, особенно в сфере оказания публичных социальных услуг, в нем предусматриваются и конкретизирующие их или дополняющие их функции и полномочия, обусловливающие государственное участие в региональной экономике. К числу таких функций и полномочий органов власти субъектов Федерации в частности относятся:

- осуществление региональных программ и проектов в сфере обращения с твердыми коммунальными отходами, организация деятельности по накоплению, сбору, транспортированию, обработке, утилизации, обезвреживанию и захоронению твердых коммунальных отходов как конкретный вид экологических функций государства;

- управление аэропортами, аэродромами, речными портами и другой транспортной инфраструктурой регионального уровня; осуществление дорожной деятельности в отношении автомобиль-

ных дорог регионального или межмуниципального значения; организация транспортного обслуживания населения воздушным, водным, внеуличным автомобильным транспортом в межмуниципальном и пригородном сообщении и железнодорожным транспортом в пригородном сообщении.

Кроме того, среди государственных полномочий регионального уровня указаны организация и осуществление межмуниципальных инвестиционных проектов, а также инвестиционных проектов, направленных на развитие социальной и инженерной инфраструктуры муниципальных образований; создание благоприятных условий для развития туризма в субъекте Федерации.

Важно учитывать такую особенность способа ограничения названным Федеральным законом государственного участия в экономике, как установление ограничений на возможность нахождения имущества в государственной собственности субъекта Федерации только определенными видами имущества, которое предназначено для реализации предусмотренных данным Законом полномочий органов власти субъекта Федерации (ст. 26.11). Финансовая поддержка негосударственных экономических структур и государственное инвестирование в экономику также ограничено целями реализации соответствующих полномочий региональных органов власти, в частности полномочий по поддержке промышленности и сельского хозяйства. Конечно, конституционность формы, в которой федеральный законодатель ограничил виды объектов и права по управлению публичной собственностью субъектов Федерации, вызывает сомнения, и не случайно в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2006 г. № 540-О¹ жесткость ограничений была смягчена правовой позицией, согласно которой соответствующий перечень имущества не имеет закрытого характера и не может рассматриваться как не допускающий нахождения в собственности иного имущества такого целевого характера. Вместе с тем в принципе законодательством, причем именно конституционно-правовым, а не гражданским необходимо урегулировать основания для сохранения права на прямое государственное участие в экономике в форме владения и управления объектами государственной собственности, предприятиями и имущественными комплексами. Такое право как для субъектов Российской Федерации, так в равной мере и для самой

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. – 2007. – № 2.

Российской Федерации должно быть поставлено в большую, чем это предусмотрено в настоящее время, зависимость от сохраняемых или вводимых государственных экономических функций и полномочий, в том числе применительно к отдельным отраслям экономики и видам экономической деятельности. Подобные установки, системно ограничивающие допустимые виды имущественных объектов, сохраняемых в федеральной государственной собственности, и требования о приватизации непрофильных объектов в настоящее время не содержатся ни в законодательстве о правовых основах приватизации, ни в законодательстве о государственных корпорациях, о государственных предприятиях и иных государственных экономических структурах. В Федеральном законе от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» не содержится принципов и критерии правомерности и обоснованности выбора как видов имущественных объектов для приватизации, так и видов объектов публичной собственности, в силу самой своей конституционной правовой природы не подлежащих приватизации. Единственная имеющаяся установка в данном Законе (ч. 1 ст. 38) касается определения оснований для сохранения на постоянной основе государственного контроля за приватизированными (акционированными) предприятиями в форме так называемого специального права Российской Федерации и субъектов Федерации на участие в управлении акционерными обществами («золотая акция»). Решение о таком праве может приниматься «в целях обеспечения обороноспособности страны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации». Очевидно, что эти критерии лишь в небольшой мере охватывают рассмотренные конституционно обусловленные основания для государственного участия в экономике.

В соответствии с рассмотренными принципами государственного регулирования экономики, определяющими границы государственного участия в экономике, и в развитие конституционных основ формирования и функционирования государственного сектора в экономике, с учетом указанного разграничения предметов ведения и полномочий по вертикали более детальное, предметное определение государственных функций, сфер государственного управления и форм государственного участия призваны устанавливать законодательные акты отраслевого характера. При этом очевидно, что текущее законодательство не может выходить за пределы конституционного коридора, определяющего общие

контуры сфер государственного участия в экономике. Рассмотрим с этой точки зрения некоторые проблемы реализации конституционной модели государственного участия в экономике в законодательстве.

Конституционные пределы государственного участия, конституционные критерии допустимости использования вмешательства государства в экономическую деятельность в целом учитываются в законодательстве. В то же время конституционные принципы государственного участия не в полной мере реализуются при распределении предметов ведения, функций и полномочий по видам органов исполнительной власти и конкретным государственным органам внутри системы исполнительной власти. Представляется целесообразным в дальнейшем более последовательно учитывать конституционные принципы, конституционную логику регулирования экономики, конституционные сферы и формы государственного участия в экономической деятельности при нормативно-правовом распределении функций и полномочий между Правительством Российской Федерации, Минэкономразвития России как органами общегосударственного назначения, органами преимущественно отраслевого регулирования – министерствами, службами и агентствами и органами межотраслевого регулирования и контроля (главным образом службами). Так, в силу указанного разделения конституционных государственных функций на регулирующие, контрольные, арбитражные и непосредственно хозяйственно-управленческие, министерства не вправе сохранять полномочия по прямому участию в деятельности по управлению предприятиями и имуществом в курируемой отрасли. Это касается, например, таких министерств, как Министерство Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики, Министерство сельского хозяйства Российской Федерации. Все подобные полномочия необходимо передать специализированным экономическим службам, как это и было задумано при планировании «административной реформы» в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти». В то же время существующие экономические ведомства – федеральные агентства, призванные оказывать государственные услуги и управлять государственным имуществом, в силу ряда причин не смогли охватить все конституционные функции по обеспечению государственного участия в экономической деятельности отраслевого и межотраслевого характера. Так, именно федеральные агентства

должны обеспечивать реализацию всех основных конституционных функций по оказанию госуслуг и управлению госимуществом отраслевого характера – поддержание и развитие энергетической инфраструктуры, транспортной инфраструктуры, инфраструктуры связи и информатики, коммунальной инфраструктуры; поддержание и развитие оборонного производства и военно-оборонной экономической инфраструктуры, поддержание технологической и информационной безопасности; обеспечение сохранения и рационального использования природных ресурсов. Статус, полномочия и сама система федеральных агентств нуждаются в серьезном укреплении.

Еще более проблемным, доктринально не проработанным и законодательно не урегулированным вопросом механизма реализации конституционной модели государственного участия в экономике является вопрос о необходимости отражения и воплощения конституционных требований и ограничений при регулировании статуса государственных банков, институтов развития и других экономических служб, не относящихся к органам исполнительной власти, а также государственных учреждений и государственных предприятий. В силу своей природы гражданско-правовое законодательство (ГК РФ, Федеральные законы «О некоммерческих организациях», «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях») сколько-нибудь подробных требований и ограничений содерхать не может, поскольку оно основано на постуатах равноправия всех участников гражданского оборота, равной правоспособности и равной юридической защиты всех участников гражданских правоотношений, включая госпредприятия и учреждения. Вместе с тем используемое в гражданском законодательстве упрощенное деление всех участников гражданского оборота на коммерческие и некоммерческие организации не учитывает особенности государственных организаций, которые не являются по своей природе предпринимательскими структурами, а выполняют в соответствии с конституционными функциями государства публичные, социальные задачи. Так, если некоммерческие государственные и муниципальные организации (как это и следует из названных конституционных требований) согласно гражданскому законодательству вправе осуществлять предпринимательскую деятельность только в целях финансирования основной, некоммерческой деятельности, то государственные и муниципальные предприятия в гражданском законодательстве рассматриваются как разновидность коммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность в

пределах уставных целей и задач и пользующихся государственным и муниципальным имуществом под контролем государственных структур. При этом особенности экономической деятельности государственных предприятий, вытекающие из конституционных характеристик функций государства, при участии в экономике как публичных, социальных, некоммерческих, в гражданском законодательстве не учитываются. В то же время предназначено для такого рода регулирования отраслевое административное и административно-финансовое законодательство является в рассматриваемом отношении пробельным, противоречивым и требует серьезного конституционно-правового анализа и ревизии.

В серьезной конституционно-правовой ревизии нуждается законодательство, регулирующее статус и полномочия таких формально считающихся отделенными от государства в гражданско-правовом, имущественном плане, но в действительности сохраняющих административную подчиненность государству некоммерческих структур, как государственные корпорации и публично-правовые компании. В соответствии с ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 03.07.2016 № 236 ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации» публично-правовая компания определена как унитарная некоммерческая организация, созданная Российской Федерацией в порядке, установленном данным законом, наделенная функциями и полномочиями публично-правового характера и осуществляющая свою деятельность в интересах государства и общества. Среди возможных целей создания публично-правовых компаний в ч. 5 ст. 2 указаны цели проведения государственной политики, предоставления государственных услуг, управления государственным имуществом, обеспечения модернизации и инновационного развития экономики, осуществления контрольных, управлений и иных общественно полезных функций и полномочий в отдельных сферах и отраслях экономики, реализации особенно важных проектов и государственных программ, в том числе по социально-экономическому развитию регионов. В нормативно закрепленных критериях создания публично-правовых компаний (как и ранее – создания государственных корпораций) не усматривается какой-либо системной логики. Перечисленные цели подпадают под типичные государственные функции и полномочия, реализуемые органами исполнительной власти (собственно, именно для этого предназначены федеральные агентства), и не характерны не только для государственных компаний, но и для большинства государственных учреждений. Соединение в одной структуре го-

сударственных функций по регулированию деятельности в определенной сфере экономики и по непосредственному участию в этой деятельности запрещено в силу рассмотренных конституционных принципов государственного участия и разграничения различных по своей направленности государственных функций и форм деятельности, прежде всего, с целью исключения ситуации конфликта интересов и угрозы монополизации соответствующего вида деятельности. Помимо исключения из компетенции публично-правовых компаний присущих органам государственного управления властно-регулятивных полномочий необходимо дополнительное установление в качестве оснований для создания любой государственной компании (по своей природе она и есть публичная компания) и целей ее деятельности двух критериев. Во-первых, создание компании необходимо для реализации конституционно обусловленных государственных функций, во-вторых, предназначенные для деятельности создаваемой госкомпании сектор или вид экономической деятельности допускает прямое государственное участие в хозяйственной деятельности и государственные инвестиции. Следует отметить, что одна из первых созданных публично-правовых компаний – Военно-строительная компания¹ – по своим задачам и функциям вполне укладывается в конституционные государственные функции в области обороны. Что касается другой созданной подобной структуры – публично-правовой компании по формированию комплексной системы обращения с твердыми коммунальными отходами «Российский экологический оператор»², то хотя нормативно предусмотренные цели ее деятельности и имеют определенные конституционные основания в эколого-экономических функциях государства, вместе с тем предполагаемый объем функций этой компании чреват вторжением в компетенцию органов власти субъектов Федерации и органов местного самоуправления, и монополизацией определенного вида деятельности в разрез с требованиями рыночной конкуренции.

Функции и полномочия не подлежащих в соответствии с названным Федеральным законом (ч. 4 ст. 2) преобразованию в публично-правовые компании остающихся государственных корпора-

¹ См.: Указ Президента РФ от 18.10.2019 № 504 «О создании публично-правовой компании «Военно-строительная компания». СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Указ Президента РФ от 14.01.2019 № 8 «О создании публично-правовой компании по формированию комплексной системы обращения с твердыми бытовыми отходами «Российский экологический оператор». СПС «КонсультантПлюс».

ций представляется необходимым подвергнуть юридической экспертизе и проанализировать с точки зрения их соответствия конституционно допустимым государственным функциям. В силу преобладания социальных, публичных функций у государственных корпораций, эта форма должна быть видоизменена или заменена не столько на публично-правовые компании, сколько на более адекватные конституционным функциям государства организационные формы государственного участия в экономике. Так, в силу конституционных положений (п. «ж» ст. 71) об отнесении к ведению Российской Федерации федеральных банков и иных экономических служб можно было бы пойти по пути формирования наряду с федеральными агентствами как органами исполнительной власти системы федеральных государственных банков, инвестиционных компаний и федеральных государственных экономических служб, ведущих экономическую деятельность под управлением и в интересах государства. В частности, требует более четкого определения статус ВЭБа как компании, сочетающей функции государственного инвестиционного банка и государственного инвестиционного фонда, содействующего государственным инвестициям в экономику в пределах конституционных государственных функций.

Еще одной не до конца решенной законодательной и организационной проблемой является обеспечение завершения процесса «разделения государства и бизнеса», завершения приватизации коммерческих предприятий путем «ухода государства» от участия в акционерных коммерческих обществах, деятельность которых не связана с реализацией конституционных государственных функций и задач.

Нуждается в анализе на предмет конституционной обусловленности и соответствия принципам государственного регулирования экономики законодательство о так называемых естественных монополиях, в том числе такие акты, как Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях», Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», Федеральный закон от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации», Федеральный закон от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении» от 26.03.2003 № 35-ФЗ, Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике».

Под естественными монополиями соответствующий Федеральный закон понимает такое состояние рынка в отдельных секторах экономики, при котором конкуренция невозможна по экономическим причинам. Вместе с тем указанные в ч. 1 ст. 4 Федерального

закона «О естественных монополиях» сферы экономической деятельности в значительной мере пересекаются с конституционно обусловленными секторами государственного участия в экономике (базовые инфраструктурные отрасли, перечисленные в п. «и» ст. 71 Конституции РФ). К ним относятся: трубопроводный транспорт (деятельность по транспортировке нефти, нефтепродуктов и газа); иные виды федерального транспорта и пути сообщения (железнодорожные перевозки и услуги в транспортных терминалах портов и аэропортов, ледокольная и лоцманская проводка судов в акватории Северного морского пути, услуги по использованию инфраструктуры внутренних водных путей); федеральная связь (услуги электросвязи и общедоступной почтовой связи); федеральные энергетические системы (услуги по передаче электрической энергии и по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике). Услуги по передаче тепловой энергии, водоснабжению и водоотведению также имеют основания в конституционных функциях государства и местного самоуправления. В этой связи требует обсуждения вопрос о границах применимости к регулированию соответствующих видов деятельности рыночных принципов. В данном случае речь идет об особой разновидности экономической деятельности. Такая деятельность государственных экономических агентов (корпораций, компаний, предприятий), а также частных компаний заключается в оказании публичных услуг в регулируемых отраслях и секторах экономики по правилам, тарифам, устанавливаемым государством, и в целях, устанавливаемых государством. В этой связи вряд ли может быть обоснована конституционность безоговорочного отнесения всего объема данной деятельности (включая деятельность так называемых естественных монополий) к разновидности именно коммерческой деятельности.

Федеральные и региональные законы, определяющие основания для финансовой, организационной и иной государственной поддержки участников экономической деятельности, также нуждаются в конституционно-правовом анализе. Так, при нормальном функционировании рынка в той или иной отрасли, государственная поддержка частнопредпринимательских хозяйственных структур не может оказываться лишь в силу общей значимости соответствующей отрасли или конкретного предприятия для экономики в целом. Поддержка в любой форме – государственного заказа, прямых государственных инвестиций из бюджета или государственных фондов, льготного кредитования (субсидирования процентной ставки), установления на постоянной основе льгот по налогам и взно-

сам или освобождения от налогов – может быть допустима лишь в качестве механизма реализации четко определенных конституционных функций государства, например: обеспечения гособоронзаказа, поддержки высокотехнологического экспорта, обеспечения сохранения и развития критически необходимых технологий, содействия энергосбережению, участия в природоохранной деятельности.

Таким образом, рассмотрение конституционной модели государственного участия в экономике в России позволяет сделать следующие выводы. В период после принятия Конституции Российской Федерации 1993 года объем и механизм государственного участия в экономике существенно изменились. В целом эти изменения укладываются в основные параметры конституционной модели государственного участия. Законодательное регулирование компетенции государственных органов, форм государственного участия в экономике учитывает принципы экономической конституции: необходимость обеспечения свободы экономической деятельности, рыночной конкуренции, ограничения монополии, перехода к непрямым методам воздействия государства на экономику. В результате процесса приватизации государственного и муниципального имущества государственный сектор сократился, и к настоящему времени его объем в целом ограничен необходимостью обеспечения конституционно обусловленных экономических функций и задач государства. В то же время сохраняются существенные проблемы при реализации конституционной модели в конкретных формах государственного участия в экономике. К ним, в частности, относятся такие нерешенные задачи, как установление вытекающих из конституционных принципов единых законодательных требований к формам и механизмам государственного участия в экономике в отношении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации единых оснований и принципов приватизации государственного имущества; завершение разграничения регулятивных полномочий и полномочий по управлению имуществом и оказанию услуг в системе органов исполнительной власти; укрепление правового статуса и формирование полноценной организационно обоснованной системы федеральных экономических агентств, государственных банков, инвестиционных фондов и других государственных экономических служб, принципиально отличающихся от частнопредпринимательских структур; обеспечение некоммерческого характера деятельности публично-правовых компаний, иных государственных компаний и государственных предприятий.

А.С. Сухоруков¹

**КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ
КОНКУРЕНЦИИ В РОССИИ И ИТАЛИИ.
(Статья)**

Аннотация. В статье исследуются вопросы конституционно-правовых основ конкуренции в России и Италии. Актуальность данного исследования определяется развитием мировой и европейской экономики, интеграционными процессами, глобальной конкуренцией и национальной экономической безопасностью государств. Целью данной статьи является раскрытие содержания конституционно-правового регулирования конкуренции в России и Италии и определение его значения для отраслевого регулирования конкуренции каждого из государств. В статье раскрыто содержание конституционно-правового регулирования конкуренции, выделены его составляющие. Также раскрывается содержание «экономической конституции» и ее соотношение с конституционно-правовыми основами конкуренции. Дано определение конституционно-правовым основам конкуренции и конституционному праву на конкуренцию. В статье сформулированы предложения по совершенствованию действующего законодательства о конкуренции как в России, так и в Италии. Выявлены проблемы, связанные с разграничением предметов ведения и полномочий между государством и регионами в сфере регулирования защиты и развития конкуренции в России и Италии. Исследованы вопросы содержания отраслевого законодательства о конкуренции, а также система и структура антимонопольных органов России и Италии. Проведенное исследование позволило определить, что конституционно-правовое регулирование конкуренции является базовым для развития отраслевого законодательства о конкуренции в России и Италии. В современных условиях необходимо принятие положений о развитии конкуренции не только на уровне конституций государств, но и на региональном уровне в целях эффективного развития экономики и укрепления позиций государств в многополярном мире.

Ключевые слова: законодательство о конкуренции; законодательство о защите конкуренции; законодательство о развитии конкуренции; предметы

¹ Александр Сергеевич Сухоруков – доцент кафедры конституционного права ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет» (Россия, Екатеринбург), кандидат юридических наук.

ведения и полномочия государства и регионов; конкуренция; конституция; «экономическая конституция»; субъект федерации; область.

A.S. Sukhorukov

Constitutional bases of competition in Russia and Italy. (Article)

Abstract. The article investigates the issues of constitutional bases of competition in Russia and Italy. The relevance of this study is determined by the development of the world and European economy, integration processes, global competition and national economic security. The purpose of this article is to reveal the content of the constitutional regulation of competition in Russia and Italy and to determine its importance for the sectoral regulation of competition in each of the states. The article reveals the content of the constitutional regulation of competition, highlights its components. It also reveals the content of the «economic constitution» and its relationship with the constitutional basis of competition. The article defines the constitutional basis of competition and the constitutional right to competition. The article formulates proposals to improve the current legislation of competition in Russia and Italy. The problems connected with differentiation of subjects of competence and powers between the state and regions in the sphere of regulation of protection and development of competition in Russia and Italy are revealed. The questions of the content of the sectoral legislation on competition, as well as the system and structure of the antimonopoly authorities of Russia and Italy are researched. The study allowed to determine that the constitutional regulation of competition is the basis for the development of sectoral legislation of competition in Russia and Italy. In modern conditions, it is necessary to adopt provisions on the development of competition not only at the level of state constitutions, but also at the regional level in order to effectively develop the economy and strengthen the position of states in a multipolar world.

Keywords: legislation of competition; legislation on protection of competition; legislation on development of competition; the subjects of competence and powers of the state and regions; competition; constitution; «economic constitution»; subject of federation; region.

Сравнительная характеристика конституционно-правовых основ конкуренции в России и Италии в условиях многополярного мира представляет несомненный интерес. Многополярный мир диктует необходимость учитывать экономическую мощь государств, с которыми взаимодействует Россия, при формировании собственной отечественной программы развития экономики. Довольно важное место в этом процессе занимает исследование вопросов развития и защиты конкуренции. Одной из ведущих экономически развитых стран в Европе, с которой на протяжении длительного времени Россия сохраняла и продолжает сохранять

дружеские отношения, является Италия. Экономика Италии является одной из ведущих экономик Европы и занимает 4-е место по уровню ВВП в рамках Европейского союза (по данным на 2018 г.)¹. На сегодняшний день исследования, посвященные конституционно-правовому регулированию конкуренции в Италии и России, отсутствуют. Принимая во внимание процессы глобализации, мировой конкуренции и межинтеграционное сотрудничество между разными государствами, которые играют довольно важную роль в мировой экономике и построении многополярного мира, исследование вопросов конституционно-правового регулирования конкуренции приобретает особое значение.

Конечно, приходится констатировать, что экономические связи между Европейским союзом (в том числе Италией) и Россией во многом пострадали из-за введенных в 2014 г. Европейским союзом санкций в отношении России. Между тем многие итальянские политики и экономисты выступают за налаживание экономических связей между Италией и Россией. Об этом заявляют, в частности, регионы и высшие должностные лица Италии². В ходе состоявшейся встречи (24 октября 2018 г.) Президента РФ В.В. Путина и Премьер-министра Италии Дж. Конте стороны отметили важность экономического диалога и сотрудничества между странами³. Тесные дружественные экономические отношения двух стран построены во многом на личных доверительных связях руководителей России и Италии. Производственные системы России и Италии взаимодополняют друг друга: Италия в значительной степени зависит от энергоресурсов из России, а Россия ориентирована на итальянские промышленные технологии⁴. Отметим также, что Италия проводит взвешенную политику в отношении введения или продления санкций, что является довольно конструктивным подходом к продолжению развития российско-итальянских отношений.

¹ Eurostat. Statistics. Data browser. Официальный сайт Статистической службы Европейского союза. – URL: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tec00001/default/bar?lang=en> (accessed: 23.12.2019).

² «Посол Италии в России: взаимные санкции со стороны ЕС и РФ – временное явление» – URL: <http://tass.ru/ekonomika/3231577> (дата обращения: 22.12.2018).

³ «Встреча с премьер-министром Италии Джузеппе Конте». – URL: <http://www.kremlin.ru/catalog/persons/566/events/58885> (дата обращения: 22.12.2018).

⁴ Овакимян М.С.: Экономика Италии: учебное пособие / Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) М-ва иностр. дел Рос. Федерации: каф. мировой экономики. – М.: МГИМО-Университет, 2018. – С. 222.

Конституционно-правовое регулирование конкуренции состоит из нескольких составляющих: конституционно-правовых основ конкуренции и конституционного права на конкуренцию.

Конституционно-правовые основы конкуренции – совокупность конституционно-правовых норм, содержащихся в конституции государства и иных источниках конституционного права (конституционных актах государства и его регионов), регулирующих общественные отношения, связанные с защитой и развитием конкуренции, в рамках которых реализуется конституционное право на конкуренцию¹.

Конституционное право на конкуренцию представляет собой субъективное конституционное право хозяйствующих субъектов на самостоятельное и равное соперничество с другими хозяйствующими субъектами, недискриминационный и свободный доступ на рынок и добровольный выход с него, реализующееся в рамках конституционных правоотношений, имеющее целью для субъектов – носителей этого права (хозяйствующих субъектов) приобретение конкурентных преимуществ, в результате чего происходит удовлетворение спроса населения в качественных товарах (работах, услугах), а также эффективное развитие экономики². Данные конституционные правоотношения складываются между хозяйствующими субъектами, потребителями и государством.

Отметим, что, по мнению европейских ученых, нормы о конкуренции действуют даже применительно к сферам естественных монополий, поскольку не препятствуют хозяйствующим субъектам осуществлять общественно значимую деятельность (например, в сферах электро-, тепло-, водо-, газоснабжения и др.), а наоборот, способствуют ее осуществлению путем установления норм о недискриминационном доступе к товарам (работам, услугам) субъектов естественных монополий³. Так или иначе, деятельность субъектов естественных монополий влияет на состояние конкуренции в стране, поскольку, с одной стороны, от доступности

¹ Сухоруков А.С. Конституционное право на конкуренцию // Права человека: регулирование, реализация, защита: Материалы конференции (14 декабря 2007 г.). – Екатеринбург: Изд-во «Филантроп», 2008. – С. 268–272; Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации: монография. – М.: Юрлитинформ, 2013. – С. 20.

² Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации. – С. 102.

³ Pera A., Pezza A. Competition Law and Pro-Competitive Regulation: An Unsolved Conundrum? // Italian Antitrust Review. – 2016. – N 1. – P. 36–37.

ресурсов зависит удовлетворение спроса потребителей на соответствующем товарном рынке на качественные товары (работы, услуги), а с другой – от наличия определенных сфер естественных монополий – развитие конкуренции и экономически эффективного производства в тех отраслях, которые готовы перейти к конкурентному рынку.

Прежде всего, обратим внимание на конституционно-правовые основы конкуренции. Блок конституционных норм, регулирующих экономические отношения, получил в науке название «экономическая конституция». «Экономическая конституция» – совокупность конституционных принципов, норм, понятий в сфере экономики, связанных между собой сложными логико-правовыми связями и в силу этого составляющих определенное единство¹.

Общую часть «экономической конституции» образуют правовые нормы-принципы, составляющие основы конституционного строя (например, принципы поддержки конкуренции, единства экономического пространства), а основные права и свободы человека и гражданина (например, право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности, право на конкуренцию) являются своеобразным стержнем «экономической конституции»².

Выделение «экономической конституции» в структуре конституционного материала обусловлено, прежде всего, значимостью конституционно-правового регулирования экономических отношений для общества. В условиях многополярного мира и межинтеграционных процессов в экономике, создания единого европейского и евроазиатского рынков товаров, работ и услуг (Европейский союз, Евразийский экономический союз) вопросы развития и защиты конкуренции занимают особое место в концепции «экономической конституции».

Конституционные нормы о конкуренции являются важной составляющей «экономической конституции». В Конституции Италии 1947 г. раздел 3 «Экономические отношения» (ст. ст. 35–47) в целом регулирует экономический блок. Кроме этого, в составе «экономической конституции» можно назвать ст. 3, ст. 117 и ст. 120

¹ Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М.: Юрист, 2002. – С. 59–60.

² Там же. – С. 60–61.

Конституции Италии¹. «Экономическую конституцию» Италии составляют конституционные нормы о частной собственности, свободе экономической деятельности, экономической инициативе, о необходимости и пределах вмешательства государства в регулирование экономических отношений, государственном планировании экономического развития, о свободном перемещении товаров, работ и услуг, о защите конкуренции и регулировании деятельности государственных монополий². Кроме того, в соответствии со сложившейся итальянской традицией интерпретации Конституции 1947 г., считается, что некоторые положения конституционного уровня содержатся в законодательных актах (в частности, в положениях ГК Италии 1942 г. о собственности, в некоторых нормах антитрестовых законов 1990-х годов и др.)³.

«Экономическую конституцию» Италии составляют конституционные нормы о частной собственности, свободе экономической деятельности, экономической инициативе, о необходимости и пределах вмешательства государства в регулирование экономических отношений, государственном планировании экономического развития, о свободном перемещении товаров, работ и услуг, о защите конкуренции и регулировании деятельности государственных монополий.

В высокоразвитых странах со сложившейся рыночной экономикой конституционные нормы, посвященные регулированию рынка и конкуренции, сформулированы в наиболее общей форме, что обусловлено достаточно длительным периодом развития рыночных отношений, поэтому необходимость закрепления соответствующих положений в конституциях не так выражена.

Для Российской Федерации и постсоциалистических стран конституционное закрепление рыночных отношений оказалось особенно важным в период кардинального изменения экономического регулирования (перехода от административно-командной системы к рыночной) на рубеже 90-х годов XX в., вызванного во

¹ The Constitution of The Italian Republic (27.12.1947). – URL: http://en.camera.it/application/xmanager/projects/camera_eng/file/costituzione_EN_dicembre2014.pdf (accessed: 18.10.2018).

² Bin R., Pitruzzella G. *Diritto costituzionale*. – Torino: G. Giappichelli editore, 2008. – P. 541–543; Vergottini G. *La constitución económica Italiana: Pasado y actualidad* // UNED. *Teoría y realidad constitucional*. – Madrid, 2012. – N 29. – P. 339–354 и др.

³ Vergottini G. *La constitución económica Italiana: Pasado y actualidad* // UNED. *Teoría y realidad constitucional*. – Madrid, 2012. – N 29. – P. 340.

многом сменой политического курса в этих странах (отходом от социалистической идеологии и ориентацией на демократические ценности капиталистических стран).

«Экономическую конституцию» применительно к Российской Федерации составляют правовые нормы, содержащиеся в «Основах конституционного строя» Конституции РФ от 12.12.1993 (ред. от 21.07.2014) (статьи 8, 9), в главе, посвященной правам и свободам человека и гражданина (ст. 34, 35), и других главах Конституции РФ (пп. «д» – «и», «л» ст. 71, пп. «в» – «д», «и», «к», «о» ст. 72, ст. 74, ст. 75 главы «Федеративное устройство» Конституции РФ). Необходимо также отметить, что в «экономическую конституцию» в качестве одной из наиболее важных частей входят нормы, регулирующие конкуренцию (ст. 8, 34)¹.

Относительно конституционных норм, регулирующих отношения в сфере конкуренции и ограничения монополистической деятельности, необходимо отметить, что Конституция РФ содержит более детальное и четкое регулирование, чем Конституция Италии. Так, в ст. 8 Конституции РФ предусмотрено, что в Российской Федерации гарантируется поддержка конкуренции, а ч. 2 ст. 34 Конституции РФ не допускает экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Законодательное регулирование конкуренции в рамках Российской Федерации основано на п. «ж» ст. 71 Конституции РФ, который относит установление правовых основ единого рынка к ведению Российской Федерации, а в рамках субъектов данный процесс основан на положениях конституций (уставов) субъектов Российской Федерации.

На сегодняшний день в Конституции РФ не содержится четкого ответа на вопросы о том, к какому из предметов ведения относятся законодательство о конкуренции и составляющие его части. К сожалению, ст. 71 Конституции РФ напрямую не называет среди предметов ведения вопросы защиты конкуренции, а ст. 72 Конституции РФ среди предметов совместного ведения РФ и субъектов РФ не содержит вопросов развития конкуренции.

В связи с этим отметим, что в целях подробного разграничения предметов ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в сфере законодательства о конкуренции необходимо структурное выделение законодательства о защите конкуренции и законодательства о развитии конкуренции.

¹ Российская газета. 25.12.1993. № 237.

Полагаем, что законодательство о защите конкуренции логично отнести к предмету ведения Российской Федерации, а законодательство о развитии конкуренции – к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

В связи с этим нами рассматривается возможность дополнения п. «ж» ч. 1 ст. 71 Конституции РФ словами «законодательство о защите конкуренции», а п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ – «законодательство о развитии конкуренции». При этом Российская Федерация определяет лишь правовые основы развития конкуренции, а детальное регулирование данного вопроса – прерогатива субъектов Российской Федерации.

Основой для принятия правовых актов, направленных на развитие конкуренции, в субъектах Российской Федерации являются конституции (уставы) последних.

На сегодняшний день, положения о поддержке конкуренции содержатся в ст. 11, 95 Устава Свердловской области от 23.12.2010, ст. 24 Устава Челябинской области от 25.05.2006, ст. 8 Устава Красноярского края от 05.06.2008, ст. 17 Устава Ростовской области от 29.05.1996, ч. 2 ст. 7 Устава Астраханской области от 09.04.2007, а ч. 1 ст. 32 Конституции Республики Бурятия от 22.02.1994, ч. 2 ст. 38 Конституции Кабардино-Балкарской Республики от 01.09.1997 фактически дублируют положения ч. 2 ст. 34 Конституции РФ. О развитии конкуренции напрямую говорится в Уставе Ставропольского края от 12.10.1994 и Уставе Брянской области от 20.12.2012.

В Конституции Республики Дагестан от 10.07.2003 сказано, что создаются условия для добросовестной конкуренции, в Уставе Забайкальского края от 17.02.2009 – для свободной конкуренции, в Уставе Краснодарского края от 12.11.1993 - обеспечиваются необходимые условия для свободы экономической деятельности и конкуренции, в Конституции Республики Алтай от 07.06.1997 - обеспечивается поддержка добросовестной конкуренции.

Однако далеко не во всех конституционных актах субъектов РФ есть положения, регламентирующие вопросы конкуренции. Так, например, в Конституции Республики Калмыкия от 05.04.1994, Уставе Ярославской области от 01.10.2010, Уставе Алтайского края от 05.06.1995, Уставе Ханты-Мансийского автономного округа от 26.04.1995, Уставе Ямало-Ненецкого автономного округа от 28.12.1998, Уставе города Москвы от 01.08.1995 и ряде других субъектов такие положения вообще отсутствуют.

В Конституции Италии нормы, посвященные конкуренции, закреплены в ст. 3, которая определяет задачи Республики, среди

которых одной из важнейших является устранение препятствий экономического порядка. Полагаем, что под этим понимается отсутствие сдерживающих механизмов для развития экономики, в том числе конкуренции.

В ст. 43 Конституции Италии сказано, что в целях общей пользы закон может первоначально закрепить или же передать при условии выплаты компенсации государству, публичным учреждениям, объединениям трудящихся или потребителей определенные предприятия или категории предприятий, относящиеся к основным публичным службам или к источникам энергии, или обладающие монопольным положением и составляющие предмет важных общественных интересов. То есть в данной статье речь идет о возможном закреплении в частной собственности предприятий, занимающих монопольное положение, при условии выплаты соответствующей компенсации государству или обществу. В Конституции РФ аналогичное положение отсутствует потому, что в 90-х годах XX в. после смены государственно-политического курса и экономической системы многие государственные монополии оказались в частной собственности, что символизировало переход страны к рыночной экономике. Поэтому и закреплять возможность перехода государственной монополии в частную собственность не было необходимости.

В ст. 45 Конституции Италии также говорится о кооперации (т.е. о совместной экономической деятельности), что положительно сказывается на развитии конкуренции, особенно в части поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства. О свободе перемещения товаров, работ и услуг сказано в ст. 120 Конституции Италии: «Область не может устанавливать пошлины на ввоз, вывоз или транзит между областями, не может предпринимать мер, в какой-либо мере препятствующих свободному передвижению лиц и имущества между областями, не может ограничивать осуществление права на труд в какой-либо части национальной территории»¹. В этой норме, в отличие от Конституции РФ (ст. 74), объединено свободное перемещение товаров, работ и услуг, а также свободное передвижение лиц и имущества, что значительно расширяет действие принципа единого экономического пространства.

¹ Constitution of The Italian Republic (27.12.1947). – URL: http://en.camera.it/application/xmanager/projects/camera_eng/file/costituzione_EN_dicembre2014.pdf (accessed: 18.10.2018).

В целом данная норма направлена на формирование единого экономического пространства в рамках единого государства.

Обратим внимание на разграничение предметов ведения в Российской Федерации и Италии. Несмотря на то что Российская Федерация – федеративное государство, а Италия – унитарное государство с автономиями, немаловажное значение в хозяйственной сфере имеет распределение предметов ведения между государством и регионами¹. Согласно п. «е» ч. 2 ст. 117 Конституции Италии государство обладает правом исключительного законодательства в сфере защиты конкуренции. Области, наоборот, наделены полномочиями по развитию различных отраслей экономики и конкуренции, которые относятся к сфере конкурирующего законодательства.

Так, например, согласно ч. 3 этой же ст. 117 Конституции Италии к сфере конкурирующего законодательства относятся: международные отношения областей с Европейским союзом; торговля с заграницей; ремесла; научные и технологические исследования и поддержка нововведений в производственном секторе; гражданские порты и аэропорты; основные транспортные и судоходные пути сообщения; коммуникационные системы; производство, передача и государственное распределение электрической энергии; дополнительные и интегрированные прогнозы; гармонизация государственных бюджетов и координация государственных финансов и налоговой системы; сберегательные кассы, сельские кассы, кредитные учреждения областного характера; кредитные учреждения областного характера под залог земли. Сфера конкурирующего законодательства относится к законодательной власти области, за исключением установления основных принципов, резервируемых за законодательством государства.

Областям принадлежит право законодательной власти в какой-либо сфере, специально не закрепленной за государством.

¹ Некоторые исследователи относят Италию к региональным (регионалистским) государствам: *Васильева Т.А. Современные формы государственно-территориального устройства: конституционная регламентация в зарубежных странах // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – № 2 (75). – С. 16–18; Кремянская Е.А. Распределение предметов ведения в современных государствах и особенности правового статуса регионов // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) М-ва иностр. дел Рос. Федерации, каф. конституционного права: науч. ред. И.А. Ракитская; отв. ред. Н.Ю. Молчаков. – М.: МГИМО-Университет, 2017. – С. 132–134 и др.*

Данное положение сближает статус области Италии со статусом субъекта Российской Федерации. Каждая область имеет свой статут (устав), в котором закреплены общие положения о развитии экономики, сотрудничества и кооперации, хозяйственной деятельности (в сфере промышленности, транспорта, энергетики и т.д.), в том числе и конкуренции. Например, Статут Венето (Венеции) от 17.04.2012 N 1 провозглашает одним из прав и целей региональной политики обеспечение соблюдения принципов свободной конкуренции и прозрачности на рынке (п. «I» ч. 1 ст. 6). Также признается принцип свободной экономической инициативы, суть которого заключается в поощрении индивидуальной и совместной частной инициативы малых и средних предприятий (ст. 10)¹. Статут Лацио от 11.11.2004 N 1 признает рынок и конкуренцию и обеспечивает государственное вмешательство в хозяйственную сферу только тогда, когда частная инициатива не справляется (ч. 1 ст. 8)². Статут Тосканы от 19.07.2004 говорит о содействии конкурентоспособности предприятий (п. «п» ч. 1 ст. 4)³. Статут Ломбардии от 30.08.2008 N 1 гарантирует защиту принципа свободной конкуренции и способствует защите прав граждан-потребителей (п. «т» ч. 4 ст. 2)⁴. Отметим, что зачастую во многих статутах областей Италии напрямую о развитии конкуренции не сказано, но вытекает из смысла формулировок статей. Положения о конкуренции в основном сформулированы в статутах наиболее экономически развитых областей Италии, что подтверждает необходимость конституционно-правового регулирования конкуренции на уровне регионов. Примечательно, что в областях нет своего собственного законодательства о защите конкуренции, а действуют общегосударственные нормативно-правовые акты.

Таким образом, за областями закреплено законодательное регулирование почти во всех сферах хозяйственной жизни, в том числе и развитие конкуренции в названных отраслях. Защита кон-

¹ URL: <http://www.consiglioveneto.it/crvportal/leggi/2012/12st0001.html#Heading29> (accessed: 20.07.2020).

² URL: http://www.consiglio.regionelazio.it/binary/consiglio_regionale/tbl_contenuti/Statuto_Regione_Lazio.pdf (accessed: 20.07.2020).

³ URL: <http://www.regione.toscana.it/documents/10180/71374/Statuto+Regione+Toscana+in+vigore+dal+11+febbraio+2005.pdf/1e85276f-307e-4fe0-bc66-2ba4c344563e?version=1.1> (accessed: 20.07.2020).

⁴ URL: http://www.consiglio.regionelombardia.it/c/document_library/get_file?uuid=f3d55eed-f97c-47e6-b680-8a328ddee5be&groupId=38960 (accessed: 20.07.2020).

конкуренции носит общегосударственный характер и направлена на функционирование и защиту единого рынка.

Конституционно-правовые основы конкуренции закладывают базу для отраслевого законодательства.

Так, законодательство о конкуренции в Российской Федерации составляют: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»; Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»; Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и ряд других нормативно-правовых актов, в которых содержатся нормы о конкуренции.

Важную роль в нормативно-правовом регулировании конкуренции в Российской Федерации играют Указ Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», План мероприятий («дорожная карта») по развитию конкуренции в отраслях экономики Российской Федерации и переходу отдельных сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка на 2018–2020 годы (утв. распоряжением Правительства РФ от 16.08.2018 № 1697-р) и Стандарт развития конкуренции в субъектах Российской Федерации (утв. распоряжением Правительства РФ от 17.04.2019 № 768-р), которые определяют основные направления развития конкуренции в Российской Федерации и ее субъектах.

В Италии законодательство о конкуренции состоит из: Закона от 10.10.1990 N 287 «О конкуренции и честной торговле»; Законодательного декрета от 06.09.2005 N 206 – Кодекса потребителя; Закона от 20.07.2004 № 215 «О конфликте интересов»; Законодательного декрета от 02.08.2007 N 145 «О применении статьи 14 Директивы 2005/29/EC» (о рекламе); Законодательного декрета от 02.08.2007 N 146 «О применении Директивы 2005/29/EC о недобросовестной конкуренции на внутреннем рынке»; Декрета Президента Итальянской Республики от 30.04.1998 N 217/98 «О регулировании процедуры расследования в соответствии со ст. 10 (5) Закона «О конкуренции и честной торговле» и ряда других законов, законодательных декретов и иных нормативно-правовых актов¹. Также отметим, что

¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Legislation. – URL: <https://www.agcm.it/> <https://en.agcm.it/en/scope-of-activity/competition/detail?id=>

частью законодательства о конкуренции Италии являются нормативно-правовые акты в сфере конкуренции Европейского союза.

В Российской Федерации нормы антимонопольного законодательства и законодательства о недобросовестной конкуренции закреплены совместно в Федеральном законе «О защите конкуренции». В Италии, в отличие от России, нормы антимонопольного законодательства закреплены в Законе «О конкуренции и честной торговле». При этом сфера недобросовестной конкуренции регулируется различными нормативно-правовыми актами, в том числе законодательством о защите прав потребителей (например, Кодексом потребителя). В России данное законодательство не входит в систему законодательства о конкуренции, что, по нашему мнению, является недостатком в части защиты прав потребителей. Поскольку потребитель (сторона, которая получает выгоду от конкуренции в качественных товарах, работах, услугах), так же как и продавцы-конкуренты, является стороной в правоотношениях, возникающих в сфере конкуренции, следовательно, нормы законодательства о защите конкуренции должны распространяться на сферу защиты прав потребителей.

Также необходимо отметить еще одну особенность законодательства о конкуренции Италии в том, что нарушения со стороны органов государственной власти и должностных лиц, подпадают под сферу действия Закона «О конфликте интересов». В то время как в России нормы, регулирующие запреты в данной сфере, закреплены в различных нормативно-правовых актах, в том числе не относящихся к сфере конкуренции, например, в законодательстве о противодействии коррупции, о государственной и муниципальной службе и т.д.

Конституционно-правовое регулирование конкуренции как на уровне Конституции РФ, так и на уровне конституций (уставов) субъектов РФ задает определенный тон развития отраслевого законодательства о конкуренции. Конституционно-правовые отношения определяют дальнейшее развитие отраслевых правоотношений в сфере конкуренции. Поэтому в связи с этим конституционно-правовое закрепление положений о конкуренции на уровне конституций (уставов) субъектов РФ приобретает особое значение. Тем более это важно в связи с реализацией субъектами РФ планов мероприятий («дорожных карт») по содействию развитию конку-

ренции в регионах. Так, согласно Докладу об итогах реализации Стандарта развития конкуренции в субъектах РФ в 2018 г. (утв. Минэкономразвития РФ), в Рейтинге регионов по уровню содействия развитию конкуренции в 2018 г. из 10 первых субъектов РФ семь субъектов РФ имеют положения о конкуренции, закрепленные в конституциях (уставах) субъектов РФ¹.

В.Н. Лексин и А.Н. Швецов особое внимание при разработке и внедрению региональных программ социально-экономического развития обращают на качество нормативно-правового регулирования². Безусловно, конституционно-правовое регулирование при реализации планов мероприятий («дорожных карт») по содействию развитию конкуренции в регионах имеет базовое значение, поскольку определяет особую важность регулируемой сферы, закрепляет обязанности субъекта РФ по реализации закрепленных в конституции (уставе) положений о конкуренции, а также формирует более высокий уровень ответственности должностных лиц за невыполнение вышеназванных положений. Особенно это важно в рамках формирования единого экономического пространства, эффективной защиты и равномерного развития конкуренции в государстве. Поэтому необходимо, чтобы конституционно-правовое регулирование конкуренции осуществлялось на уровне всех субъектов РФ и соответствующие положения о конкуренции были закреплены во всех конституциях (уставах) субъектов РФ. Данный тезис применим и к Италии, территориально-государственная форма которой подразумевает довольно выраженную самостоятельность регионов при формировании социально-экономической политики.

Важное значение в вопросах толкования норм конституций и отраслевого законодательства о конкуренции имеют решения органов конституционного судебного контроля. В Российской Федерации – это Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов РФ, а в Италии – Конституционный суд Италии.

Так, например, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 01.04.2003 № 4-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 7 Федерального закона “Об аудиторской дея-

¹ URL: https://economy.gov.ru/material/file/124cb92d7463b019e31da4569b0f6e3d/Doklad_za_2018.pdf (дата обращения: 20.07.2020).

² Лексин В.Н., Швецов А.Н. Государство и регионы: Теория и практика государственного регулирования территориального развития. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2016. – С. 352–359.

тельности” в связи с жалобой гражданки И.В. Выставкиной» сформулирована правовая позиция, согласно которой предпринимательская деятельность в РФ основана на принципах конкуренции; в Постановлении Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П «По делу о проверке конституционности положения ч. 5 ст. 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью “Маслянский хлебоприемный пункт”» более детально говорится о том, что конституционные положения о поддержке конкуренции, едином экономическом пространстве, свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств, свободе экономической деятельности, запрете на монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию, государственной защите прав и свобод человека и гражданина в совокупности обязывают государство поддерживать конкуренцию, создавать условия для эффективного функционирования товарных рынков, предупреждать и пресекать монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию, противодействовать недопущению, ограничению, устраниению конкуренции со стороны органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и организаций и т.д. В совокупности можно сказать, что в данной правовой позиции отражены два направления конституционно-правового регулирования конкуренции – защита и развитие конкуренции.

Судебная практика конституционных (уставных) судов РФ по вопросам конкуренции не столь многочисленна. Это связано во многом с тем, что конституционные (уставные) суды субъектов РФ созданы всего в 15 субъектах РФ, а количество дел, рассматриваемых ими, довольно невелико. Тем не менее судебная практика конституционных (уставных) судов РФ важна для правильного понимания вопросов конкуренции на уровне регионов и формирования согласованной с конституционными (уставными) положениями региональных программ по развитию конкуренции.

В качестве примера можно привести следующую правовую позицию. Так, в Постановлении Конституционного суда Республики Башкортостан от 30.05.2005 № 27-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Правил размещения и эксплуатации средств наружной рекламы и информации в г. Уфе в новой редакции, введенных в действие решением Уфимского городского Совета Республики Башкортостан от 24 марта 2005 года № 12/8, в связи с запросом Ассоциации профессиональных участников рынка рекламы Республики Башкортостан» отмечено, что

правовое регулирование рекламной деятельности, в том числе установление контроля за ней (осуществляют ФАС России и ее территориальные органы), относится к правовым основам единого рынка, которые, в свою очередь, относятся к компетенции федерального законодателя. Следовательно, органы государственной власти субъекта РФ и органы местного самоуправления не вправе осуществлять правовое регулирование данной деятельности в рамках установления правовых основ единого рынка, а также определять собственные органы по контролю за соблюдением рекламной деятельности¹. На этом основании Конституционный суд Республики Башкортостан делает вывод о несоответствии Правил размещения и эксплуатации средств наружной рекламы и информации в г. Уфе от 24.03.2005 № 12/8 Конституции Республики Башкортостан от 24.12.1993 в части создания собственных органов по контролю за содержанием и размещением рекламы на территории муниципального образования, а также осуществления собственного правового регулирования данной сферы. Таким образом, Конституционный суд Республики Башкортостан внес ясность в вопросе о разграничении полномочий между федерацией, субъектом Федерации и муниципальным образованием в сфере регулирования рекламной деятельности, которая является частью законодательства о конкуренции.

Вопросы конкуренции в экономике также являются предметом деятельности Конституционного суда Италии. Так, например, в постановлении от 15.06.1956 № 6 Конституционным судом Италии выработана правовая позиция о том, что обязательный порядок регистрации ремесленников (производителей) в одной области или провинции является препятствием для осуществления ремесленнической деятельности и нарушает принцип свободного перемещения товаров, работ и услуг и единого экономического пространства. Таким образом, подтверждается необходимость обеспечения в рамках единого государства свободного осуществления производственно-хозяйственной деятельности вне зависимости от региона ее осуществления. Также провозглашается, что принцип свободной конкуренции является одним из основных принципов правовой системы Италии².

В Постановлении Конституционного суда Италии от 22.01.1957 N 29 отмечено, что продажа лекарственных препаратов

¹ URL: <https://zakon-region3.ru/1/27034/> (дата обращения: 20.07.2020).

² URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (accessed: 20.07.2020).

по фиксированной цене, указанной на упаковке (этикетке), не нарушает принципа свободной конкуренции, а, наоборот, направлена на защиту прав человека и гражданина на охрану здоровья и обеспечивает производство безопасных лекарственных препаратов из качественного сырья. Частная экономическая деятельность должна осуществляться в социальных целях¹. В Постановлении Конституционного суда Италии от 07.10.2003 № 307 отмечается, что защита конкуренции относится к исключительной государственной компетенции, и области не вправе осуществлять в данной сфере законодательное регулирование². Между тем в Постановлении Конституционного суда Италии от 06.11.2007 № 430 сформулирована правовая позиция, согласно которой области могут осуществлять законодательное регулирование вопросов развития конкуренции в экономических сферах, если это не противоречит общегосударственным законодательным нормам о защите конкуренции³.

В целом можно сделать вывод о том, что решений Конституционного суда Италии, посвященных вопросам конкуренции, количественно больше, чем решений Конституционного Суда РФ. Во многом это связано с развитыми рыночными процессами в Италии, более длительной историей существования Конституционного суда Италии (с 1956 г.) и более пристальным взглядом итальянских судей на вопросы экономического развития страны. В связи с этим, судебная практика по вопросам конкуренции Конституционного суда Италии более детализирована и разнообразна и затрагивает многие аспекты правового регулирования конкуренции, в том числе ее защиты и развития.

Система и структура антимонопольных органов, ответственных за проведение конкурентной политики, также отличаются. В Италии функции антимонопольного органа возложены на Итальянское конкурентное ведомство (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Italian Competition Authority (ICA)*). В Российской Федерации эти полномочия выполняет Федеральная антимонопольная служба России (*ФАС России*). При этом отметим, что порядок формирования антимонопольного органа в Италии более независим и сложен, чем в России. В Италии он формируется законодательным органом власти (Председатель и четыре члена назначаются Палатой депутатов и Сенатом Парламента Италии). При этом чле-

¹ URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (accessed: 20.07.2020).

² URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (accessed: 20.07.2020).

³ URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (accessed: 20.07.2020).

нами Итальянского конкурентного ведомства могут быть лица, известные своей независимостью и выбираемые из числа судей, работающих в Верховном административном суде (Государственном Совете Италии), Счетной палате Италии, Кассационном суде Италии, профессоров в сфере экономики или права, либо руководителей предприятий, имеющих высокую профессиональную репутацию. Кроме того, штатную численность Итальянского конкурентного ведомства утверждает Премьер-министр Италии (она не может быть более 170 человек)¹.

Требования к должностям руководителя и заместителей руководителя ФАС России значительно проще, чем для замещения должностей Конкурентного ведомства Италии, они носят универсальный характер. На должностных лиц ФАС России распространяются положения Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», Указа Президента РФ от 16.01.2017 № 16 «О квалификационных требованиях к стажу государственной гражданской службы или стажу работы по специальности, направлению подготовки, который необходим для замещения должностей федеральной государственной гражданской службы» и Положения о ФАС России (утв. Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331). В основном это стандартные требования к образованию и стажу работы. Руководитель ФАС России назначается Правительством РФ и имеет нескольких заместителей, которые также назначаются Правительством РФ. ФАС России напрямую подчиняется Правительству РФ и является федеральным органом исполнительной власти.

Таким образом, при формировании Итальянского конкурентного ведомства участвуют три ветви власти: законодательная, исполнительная и судебная, а при формировании ФАС России только Правительство РФ (исполнительная власть), что значительно снижает независимость и беспристрастность данного органа.

Отметим еще одно отличие. Поскольку Российская Федерация является федеративным государством, то ФАС России имеет свои территориальные управления в 85 субъектах РФ. В Италии же конкурентное ведомство своих территориальных отделений не имеет, и его деятельность распространяется на всю страну.

¹ Competition and fair trading act. Law № 287 of 10.10.1990 (sections 10, 11). – URL: <https://en.agcm.it/en/about-us/legislation-agcm/detail?id=3b426468-e51f-4bc1-b1ee-b1f4bd65d9e7&parent=Competition&parentUrl=/en/about-us/legislation-agcm/index> (accessed: 20.07.2020).

Таким образом, конституционно-правовое регулирование конкуренции в Италии и России имеет свои отличия. В Италии существует целый блок норм «экономической конституции», который закреплен в отдельном разделе, где присутствуют нормы о конкуренции. В Российской Федерации нормы о конкуренции и рынке распределены по разным главам (основы конституционного строя, права и свободы человека и гражданина, федеративное устройство). Более разнообразна судебная практика по вопросам конкуренции Конституционного суда Италии. Различны порядок формирования антимонопольного органа и структура законодательства о конкуренции. Но есть и общие моменты в части отнесения вопросов защиты конкуренции к исключительной компетенции государства и наличие конституционно-правовых норм о конкуренции в конституциях (уставах, статутах) субъектов (регионов), что обусловлено особенностями территориально-государственного устройства государств.

При этом отметим, что для Италии и России существует одна общая проблема: далеко не во всех субъектах (регионах) Италии и России на конституционном уровне (конституции, уставы, статуты) закреплены вопросы конкуренции, но для эффективного развития экономики и формирования единого рынка в государстве необходимо закрепление положений о развитии конкуренции в различных отраслях экономики во всех конституциях (уставах, статутах) субъектов (регионов). В конечном итоге это будет способствовать укреплению экономических позиций государств в многополярном мире.

Х.Л. Герреро Бекар

ЧИЛИЙСКАЯ ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ. (Статья)

Аннотация. Конституция Чили 1980 г. была принята военной диктатурой, управлявшей Чили в 1973–1990 г., и, несмотря на многочисленные поправки, к 2020 г. экономический блок остался неизменным, поэтому структура чилийской экономической модели в условиях нынешней напряженности относится к экономической Конституции 1980 г.

Каждая конституция соответствует своему историческому контексту, и чилийская не является исключением, поскольку она была создана в ответ на попытку социализации экономики в 1970–1973 гг., когда после военного переворота конституция с либеральными параметрами экономического регулирования разрабатывается авторитарным режимом. Конституция, признавая основные права, делает это исходя из личной свободы, также признавая широкие экономические свободы и право на частную собственность – основные параметры построения капиталистической системы. В отличие от других конституций, в чилийской экономические действия государства регулируются главой «Конституционные гарантii», что является признанием того, что государство должно действовать в экономике, уважая частный сектор экономики.

Таким образом, государственная деловая активность разрешена, но с рядом ограничений, например, она должна действовать на рынке по тем же правилам, что и другие участники. Исключение допускается только в секторе добывающей углеводородов, где деятельность частного сектора ограничена.

При данном подходе регулирование различных социальных прав, таких как социальное обеспечение, образование или здравоохранение, чилийская экономическая конституция, в дополнение к действиям государства, всегда допускает и защищает действия частного сектора, что позволило, например, появиться в 1981 г. существующей и поныне индивидуально финансируемой пенсионной системе, в которой пенсионные фонды управляются частными компаниями; почти 40 лет работы эта система была объектом дискуссии, в связи с низкими пенсиями, предоставляемыми в ее рамках.

В макроэкономической области при написании экономической конституции Чили под влиянием чилийских экономистов, обучавшихся в монетаристской школе Чикагского университета, удалось снизить уровень гиперинфляции, существовавший в 1976 г., применяя монетаристскую теорию контроля над инфля-

цией, в которой инфляция – это денежное явление, основной причиной которого является дефицит бюджета, покрываемый Центральным банком через эмиссию. Для предотвращения дефицита в Конституции Чили есть положения о создании автономного Центрального банка с запретом финансирования государства и его учреждений, о том, что все вопросы, связанные с государственным финансированием и расходами, регулируются законом по инициативе президента, тем самым не давая одной ветви государственной власти возможности единоличного решения данных вопросов, и о том, что следует избегать дефицита бюджета.

Такая конституционная модель позволила добиться значительных макро-экономических успехов в Чили, продвинуться к экономике с высоким уровнем дохода, которая позволяет сейчас дискутировать о необходимости лучшего перераспределения доходов, поэтому начался процесс обсуждения реформирования или обновления конституции.

Ключевые слова: чилийская экономическая конституция; свобода предпринимательской деятельности; частная собственность; государственное участие; сбалансированность бюджета; автономия Центрального Банка Чили; экономическая модель.

J.L. Guerrero Becar **The Chilean Economic Constitution. (Article)**

Abstract. The Chilean Constitution of 1980, was promulgated by the military dictatorship that governed Chile between 1970 and 1990, and without prejudice to numerous modifications, by 2020 the rules of economic content have not been modified, so the design of the Chilean economic model, in current tension, is attributed to the 1980 Economic Constitution.

Every Constitution responds to its historical context and the Chilean case is no exception, since it arises as a response to the attempt to socialize the economy between 1970–1973, in which, after the military coup, a Constitution with liberal parameters of economic regulation is designed from authoritarianism.

The Constitution, when recognizing fundamental rights, does so from personal freedom, granting broad recognition to economic freedom and the right to private property, basic parameters for the construction of a capitalist system. Unlike other Constitutions in the Chilean case, the economic acting of the State is regulated within the Chapter of Constitutional Guarantees, which is a sign that the State must act in the economy respecting the sphere of action of private parties.

In this way, the State's business activity is allowed, but with a series of limitations, among others, that it must act in the market with the same rules as the people. It is only excepted in the hydrocarbon mining sector where private participation is restricted.

In this vision, in the regulation of different social rights, such as social security, education or health, the Chilean economic Constitution, in addition to state action, always allows and protects the action of the private sector, which allowed, for example, that Chile has an individually funded pension system since 1981, in which the pension funds are managed by private companies, a system that is under discussion after almost 40 years of operation, given the low pensions that the system is granting.

In the macroeconomic field, in the writing of the Chilean economic Constitution, Chilean economists trained under the monetarist school of the University of Chicago influenced, who managed to reduce the hyperinflation that existed in 1976, applying the monetarist theory of inflation control, that is, inflation is a monetary phenomenon whose main cause is the fiscal deficit and this is produced by financing from the Central Bank through issuance. All this is avoided in the Chilean Constitution, establishing an autonomous Central Bank with a ban on financing the State and its agencies, and establishing that all matters involving State financing and spending are subject to law upon the initiative of the President, thereby avoiding that one or the other state power have autonomy in these matters, and the fiscal deficit must always be avoided.

This design has made important macroeconomic advances in Chile, advancing to a high-income economy, which today discusses the need to better redistribute income, so a debate process has begun for a reform or a new constitution.

Keywords: the Chilean Economic Constitution; freedom of business; private ownership; participation of the State in the economy; the budgetary balance; the autonomy of the Central Bank of Chile; the economic model.

J.L. Guerrero Becar¹
La Constitución económica chilena².
(El artículo)

La anotación. La Constitución chilena de 1980, fue promulgada por la dictadura militar que gobernó Chile entre 1970 y 1990, y sin perjuicio de numerosas modificaciones, al año 2020 las normas de contenido económico no han sido modificadas, por lo que a la Constitución económica de 1980 se le atribuye el diseño del modelo económico chileno, en actual tensión.

Toda Constitución responde a su contexto histórico y el caso chileno no es una excepción, ya que surge como una respuesta al intento de socializar la economía entre

¹ **José Luis Guerrero Becar** – Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Xoce Луис Герреро Бекар – профессор школы права Католического университета Вальпараисо (Чили).

² Este artículo corresponde a una síntesis de las obras del autor: *Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena.* – Santiago (Chile): Der Ediciones, 2018. – 566 p. y su segunda edición: *Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. Bases para el cambio.* – Santiago (Chile): Der Ediciones, 2020. – 602 p. Por lo señalado mayores detalles, notas – más de 1.2000 – y referencias bibliográficas se encuentran en dichas obras.

² Sobre el origen de la formación de economistas neoliberales chilenos en la Universidad de Chicago, vid. *Délano M., Traslaviña H.* La herencia de los Chicago Boys. – Santiago: Ediciones del Ornitorrinco, 1989. – P. 13–36; *Hachette D.* La génesis de la ‘Escuela de Chicago’: fines de los cincuenta y de los sesenta // La Escuela de Chicago. Una Mirada histórica a 50 años del convenio Chicago/Universidad Católica, Ensayos en honor a A. Arnold C. Harberger / Rosende F. (ed.). – Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007. – P. 29–53; *Fernandois Huerta J.* Modernización, desarrollo, dictadura: El papel de Sergio de Castro // Estudios Públicos. – 2007. – N 108. – P. 281–313.

1970–1973, en que luego del Golpe de Estado militar, se diseña desde el autoritarismo una Constitución con parámetros liberales de regulación económica.

La Constitución al reconocer los derechos fundamentales, lo hace desde la libertad personal otorgando un amplio reconocimiento a la libertad económica y al derecho de propiedad privada, parámetros básicos para la construcción de un sistema capitalista. A diferencia de otras Constituciones en el caso chileno la actuación económica del Estado, se regula dentro del Capítulo de Garantías constitucionales, lo que es una señal respecto que el Estado debe actuar en economía respetando el ámbito de acción de los privados.

De este modo, la actuación empresarial del Estado está permitida, pero con una serie de limitaciones, entre otras, que debe actuar en el mercado con las mismas reglas de las personas. Sólo se exceptúa en el sector minero de hidrocarburos en que se restringe la participación de privados.

En tal visión, en la regulación de distintos derechos sociales, como la seguridad social, la educación o la salud, la Constitución económica chilena, además de la acción estatal, siempre permite y resguarda la actuación del sector privado, lo que permitió, por ejemplo, que Chile desde 1981 tenga un sistema de pensiones de capitalización individual, en que los fondos de pensiones son administrador por empresas privadas, sistema que está en discusión luego de casi 40 años de funcionamiento, atendido las bajas pensiones que el sistema está otorgando.

En el ámbito macroeconómico, en la redacción de la Constitución económica chilena, influyeron economistas chilenos formados bajo la escuela monetarista de la Universidad de Chicago, quienes lograron reducir la hiperinflación existente a 1976, aplicando la teoría monetarista de control de la inflación, esto es, la inflación es un fenómeno monetario cuya principal causa es el déficit fiscal y éste se produce por financiamiento del Banco Central mediante la emisión. Todo ello se evita en la Constitución chilena, estableciendo un Banco Central autónomo con prohibición de financiar al Estado y sus organismos, y estableciendo que toda materia que implique financiamiento y gasto del Estado sea materia de ley previa iniciativa del Presidente, con lo cual se evita que uno u otro poder del Estado tengan autonomía en estas materias debiendo siempre evitarse el déficit fiscal.

Este diseño ha logrado importantes avances macroeconómicos en Chile, avanzando a una economía de ingresos altos, que hoy discute la necesidad de redistribuir mejor los ingresos, por lo que se ha iniciado un proceso de debate para una reforma o una nueva constitución.

Palabras clave: la Constitución económica chilena, libertad de empresa, propiedad privada, participación del Estado en la economía, el equilibrio presupuestario, la autonomía del Banco Central de Chile, el modelo económico.

1. Introducción

Chile es reconocido como una economía abierta, con favorables indicadores macroeconómicos (datos a 2019) que en las últimas décadas, contrastan con las cifras promedio de América Latina. Sin embargo, su economía, al ser comparada con las de países desarrollados miembros de la OCDE, es la que presenta el mayor nivel de desigualdad en la dis-

tribución del ingreso, conforme al índice de Gini (0,5). Entre otros aspectos, se ha volcado la mirada hacia la Constitución chilena como responsable del crecimiento con desigualdad.

La Constitución chilena vigente, conocida como Constitución de 1980, rige desde el 11 de marzo de 1981 y tiene su origen en el período dictatorial militar (1973–1990) que de forma autoritaria, luego de un Golpe de Estado, diseñó un orden jurídico-económico en que toma una opción clara por una economía de mercado, como una reacción clara a la línea económica que el gobierno socialista derrocado del Presidente Salvador Allende (1970–1973) promovía de estatización de áreas relevantes de la economía.

El Régimen Militar en sus primeros años de gobierno (1973–1979) fijó las bases de su diseño institucional con un especial reconocimiento y protección para la propiedad privada y la libertad económica, entendiendo a ambos como una concretización de la libertad personal, relegando al Estado a un papel subsidiario en la economía, pero en su dimensión de abstención o pasiva. En ello influyeron los economistas neoliberales formados en la Escuela monetarista de la Universidad de Chicago, que realizan cambios estructurales en el diseño económico institucional desde el año 1975 en que se hacen cargo de la conducción económica del país con el principal desafío de reducir los altos niveles de inflación que se arrastraban desde los primeros años de la década del setenta, en que hubo un alto déficit fiscal con niveles de inflación que rondaron el 508,1% anual a 1973.

Los economistas neoliberales, mayoritariamente formados en la Escuela de Economía de la Universidad de Chicago, y por tanto bajo la influencia de Milton Friedman y otros economistas monetaristas¹, aplicaron desde 1975 un plan económico que se denominó «plan de shock», evitando que el Estado recibiera financiamiento mediante emisión monetaria del Banco Central de Chile, ya que entendían que teóricamente la principal fuente de la inflación es el déficit fiscal y la principal causa del déficit fiscal es el aumento del gasto público sin respaldo en los ingresos del país, por lo que termina siendo financiado solo con mayor emisión del Banco Central, todo ello, siguiendo las ideas de la escuela neoliberal monetarista². Estas medidas, permitieron reducir en

¹ Sobre el origen de la formación de economistas neoliberales chilenos en la Universidad de Chicago, *Vid. Délano M., Traslaviña H.* Op.cit. P. 13–36; *Hachette D. Op.cit.* P. 29–53, y *Fernandois Huerta J.* Op.cit. P. 281–313.

² Para ese efecto en el año 1975 como una de las iniciativas de los economistas neoliberales monetaristas formados principalmente en la Universidad de Chicago,

poco tiempo la inflación a niveles controlables, lo que les entregó legitimidad para en ese momento histórico de dictadura, que les permitió tener una influencia decisiva en un nuevo diseño económico constitucional, que se llevaba adelante mediante la redacción de una nueva Constitución chilena, conocida como Constitución de 1980, que entra en vigencia el 11 de marzo de 1981, la cual al 2020 no obstante su origen en dictadura, sigue vigente, no obstante ya 30 años transcurridos de gobiernos democráticos. En sus ya casi 40 años de vigencia, la Constitución ha tenido numerosas reformas, pero ninguna de ellas a sus normas de contenido económico.

La influencia de la visión neoliberal y en particular, monetarista de la economía sobre el diseño institucional jurídico-económico, desde los tiempos de la dictadura, es una percepción que sigue anclada en el imaginario chileno, que discute sobre el mayor o menor impacto de las normas de la Constitución de 1980 en el diseño económico del país.

No cabe duda que las disposiciones económicas de la Constitución responde a su contexto histórico de su promulgación, en que es redactada por un régimen dictatorial que en materia económica se adscribe sin duda a la economía de mercado, cuya conducción económica es liderada por economistas formados en visiones neoliberales monetaristas, cuyas medidas económicas permiten controlar la hiperinflación que afectaba al país. Entonces, fueron esas ideas económicas las que se plantearon en la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, incorporándose en definitiva al texto de la Constitución de 1980: libertad económica, propiedad privada, mínimo papel del Estado en la economía, equilibrio presupuestario y control financiero del Estado y autonomía monetaria del Banco Central de Chile.

La Constitución de 1980 no agrupa las normas de connotación económica en un capítulo especial, sino que se incorporan a lo largo de la Constitución, según sea la materia de que se trate: Bases de la institucionalidad, Derechos Fundamentales, materias de ley, iniciativa legislativa del Presidente de la República o Banco Central de Chile.

(también denominados «*Chicago boys*») se modificó la Ley Orgánica del Banco Central por Decreto Ley N 1.078/1975 disponiendo que sólo puede otorgar préstamos mediante leyes especiales y luego, en 1979 ya más categóricamente se prohibió al Banco Central de Chile otorgar créditos directos o indirectos a las entidades y empresas, de los sectores público y privado, excepto a instituciones financieras, sean públicas o privadas, Decreto Ley N 3.001 de 1979 de 13 de diciembre 1979, con ello el Banco Central deja de financiar al Estado, y solo se relaciona con bancos. Esta regla luego de incorporaría a la Constitución de 1980. *Vid. Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena.* – P. 389–399.

La Constitución de 1980 tuvo un período de transición entre 1980 y 1990 en que siguió gobernando la dictadura militar y luego bajo gobiernos democráticos desde el 11 de marzo de 1990, previa modificación de algunas normas una vez que triunfó la opción No a la continuidad del General Pinochet en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, lo que permitió elecciones libres en 1989. Por ello, las normas constitucionales tienen plena aplicación desde el regreso a la democracia en 1990 ya que la propia Constitución establecía un primer período de transición hasta que se realizaran elecciones libres. Así, por ejemplo, si bien la Constitución de 1980 reconoce un Banco Central autónomo, la Ley que operativizó esa autonomía, solo fue publicada en el año 1989¹.

En el período previo al retorno a la democracia diversas restricciones constitucionales en materia económica, fueron fácilmente soslayadas en el propio Régimen militar, atendido su control sobre distintos poderes del Estado, esto le permitió enfrentar la crisis económica de 1982–1983 mediante apoyos directos del Banco Central al sector bancario y como respuesta a esas crisis y a las protestas de la población contra el Régimen Militar que se acentuaron desde 1983, permitiendo en los hechos flexibilizar el modelo económico constitucional que privilegiaba el control de la inflación, aplicando medidas de una línea económica más keynesiana, con mayor gasto público para privilegiar el pleno empleo por sobre el control monetario, terminando la dictadura a fines de 1989 con un nivel de inflación del 21,7% anual y un desempleo de un 5,3% anual. Todas esas medidas desde la perspectiva de la Constitución requerían de iniciativas legales que no fueron difíciles de dictar en un período en que el Parlamento se encontraba suspendido de sus funciones y era reemplazado por una Junta Militar de Gobierno. Sin embargo, el modelo de control presupuestario que analizaremos más adelante, quedó igualmente recogido, sin cambios, en la Constitución de 1980 y una vez restaurada la democracia en 1990, en su visión sistémica fue aplicado sin excepciones a los Gobiernos democráticos que asumieron el poder desde 1990.

Durante la vigencia de la Constitución de 1980 ha existido una constante discusión política y académica sobre la naturaleza del modelo económico chileno caracterizado por una economía abierta y alta participación del sector privado incluso en sectores tradicionalmente en manos del Estado como son la seguridad social y la salud, discutiéndose si esa realidad tiene su causa en la Constitución económica chilena, es decir, si

¹ Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, Ley N 18.840 de 4 de octubre de 1989.

la las normas económico constitucionales imponen o no, un determinado modelo económico.

Entre las distintas opiniones se menciona que la Constitución económica es neutra o que recoge una economía social de mercado o modelo económico neoliberal o un modelo económico neoliberal con preeminencia del control monetario.

Esta discusión se ha acentuado desde octubre de 2019, fecha en que se produce un movimiento social de demandas por cambios al modelo económico chileno, exigiéndose por la ciudadanía mayores niveles de igualdad cuestionando el modelo de desarrollo chileno de los últimos 30 años que ha disminuido de manera relevante los niveles de pobreza pero manteniendo una alta desigualdad, apuntándose a la Constitución como causante de este estado de cosas. Como respuesta a estas demandas se logra un acuerdo de las principales fuerzas políticas para someter a un referéndum la decisión sobre redactar o no una nueva Constitución¹. Lo anterior es una discusión abierta, por un lado porque diversas demandas sociales pueden ser solucionadas por cambios legales y no necesariamente constitucionales y por otro, porque la discusión ha quedado postergada ya que el plebiscito considerado para abril de 2020, ha debido suspenderse producto de la pandemia que azota al mundo.

2. Sobre el concepto de Constitución económica en el derecho chileno

En el derecho chileno, la identificación y análisis del sentido y alcance de las disposiciones económico-constitucionales han sido abordados tradicionalmente siguiendo la noción de «orden público económico», además, se ha hecho desde una perspectiva estrictamente jurídica, obviándose la dimensión económica que subyace en estas normas.

Lo anterior ha conllevado a que exista una confusión de nomenclatura, confundiéndose el «orden público económico» que es una noción que se toma del derecho francés², con el estudio de la «Constitu-

¹ Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. Bases para el cambio. – P. vii y ix.

² Se sigue particularmente la noción de George Ripert que afirma que «el orden establecido por el Estado para la producción del cambio, la distribución de las riquezas será de naturaleza económica, pero, al mismo tiempo, es un orden público; tendrá necesariamente carácter obligatorio y por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que tratan de atentar contra él. Ya no se trata de una primacía de lo político sobre lo

tución económica» que es una noción proveniente del derecho alemán¹, y que es un concepto más acotado y preciso que dice relación con las normas económicas de la Constitución y los principios económico-jurídicos que las inspiran y estructuran el orden económico de un país, normas que serán referencia para aquellas de inferior jerarquía. Por lo señalado, no es correcto confundir «orden público económico» con la «Constitución económica», ni los principios con los principios positivados. Una cosa es un principio económico como el principio de subsidiariedad económica que puede inspirar o no determinadas normas, y otra es que el principio esté expresamente escrito en un texto Constitucional.

Por lo señalado, el «orden público económico» cabe entenderlo como realidad no positivada, referida al conjunto de principios y valores esenciales del sistema jurídico chileno en el ámbito económico. En cambio, las «normas de orden público económico» corresponden al conjunto de normas positivadas, escritas, que reproducen, recogen o canalizan algunos de esos principios. La distinción entre principios y principios positivados tiene efectos prácticos respecto a los márgenes de interpretación con que cuentan los operadores jurídicos en uno y otro caso. Si el principio está positivado, está escrito en una norma jurídica, el operador jurídico tiene menos margen para su interpretación respecto de esa norma.

De todas formas, igualmente planteamos que el derecho chileno debe dejar de lado la noción de «orden público económico» que recoge del derecho privado francés, y reemplazarla por una nueva de «orden económico público», ya que entendemos que debe existir siempre un orden económico, dicho orden puede ser del ámbito público o privado, será público cuando las relaciones económicas no producen efectos meramente privados entre dos o más personas, sino que esa relación económica produce efectos en terceros o en la colectividad toda, como por ejemplo una relación entre un banco y su cliente, no es simplemente privada ya que puede impactar en el riesgo del sistema financiero en su conjunto, entonces, esa relación está sujeta a una norma de derecho

económico, sino de distinguir en las relaciones económicas entre los hombres las que son queridas e impuestas por el Estado y las que pueden ser libremente establecidas por los particulares. Hay en adelante, junto a la organización política del Estado, una organización económica tan obligatoria como la otra. Por consiguiente, existe un orden público económico». *Vid Ripert G.* El régimen democrático y el derecho civil moderno. – Puebla: Editorial José M. Cajica, 1951. – P. 223–224.

¹ Se vincula el origen de esta noción, entre otros, al economista Walter Eucken y al jurista Franz Böhm. *Vid. Constantinesco L.-J.* La Constitución económica de la CEE // Derecho de la Integración. – Buenos Aires, 1976. N 21. – P. 59.

público indisponible como lo es la Ley General de Bancos, por tanto del orden económico público¹.

Luego, un grupo de esas normas que estructuran el orden económico público, esto es, las de mayor jerarquía estarán presentes en la Constitución y son aquella que conforman la «Constitución económica», por tanto, hay una diferencia de género a especie, entre el orden económico público (u orden económico público como tradicionalmente se denombra en Chile) y la Constitución económica chilena que se restringe al conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica y, en tal sentido, tiene un aspecto positivado o formal o de Constitución económica formal o escrita y, por otro lado, esas normas, a su vez, recogen un conjunto de principios rectores para la ordenación económica, lo que constituirá la Constitución económica material. En esta distinción es claro que las normas y los principios están en órbitas complementarias, pero diferenciables y con efectos distintos².

Uniendo ambas perspectivas, formal y material, podemos conceptualizar la Constitución económica como «el conjunto de normas, de rango constitucional, que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país, según las ideas fuerza del orden económico consensuado institucionalmente»³. Los actores, nos determinarán quienes pueden actuar en la economía (particulares, Estado, empresas mixtas); los límites (libertad de empresa, plan central, propiedad privada, propiedad estatal o mixtas); según ideas fuerzas o ideologías inspiradoras (liberalismo, socialismo, corporativismo, etc. o ninguna) todo ello establecido en normas constitucionales que debiesen ser consensuadas con legitimidad democrática.

3. Parámetros económicos sobre los cuales se construye la Constitución económica chilena: Libertad de empresa y propiedad privada

La Constitución económica chilena recoge los parámetros esenciales de la economía de mercado: la libertad de empresa y la propiedad

¹ Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. Bases para el cambio. – P. 139–147.

² Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. – P. 511.

³ Ibid.

privada, privilegiando la actuación económica de los privados permitiendo la actuación empresarial del Estado en forma excepcional, con una influencia ideológica claramente liberal.

Respecto de los parámetros básicos para la conformación de una economía de mercado: libertad económica y propiedad privada, los reconoce ampliamente y los incorpora en el bloque de Derechos Fundamentales. Tal reconocimiento como derechos fundamentales, implica que se les considere como derechos anteriores a la propia Constitución, que ésta reconoce y en el caso específico de estos dos derechos cuentan con una amplia protección jurisdiccional mediante acciones cautelares constitucionales de rápida tramitación para re establecer el imperio del derecho frente a su amenaza, perturbación o privación, acción que contempla la Constitución en su artículo 20, denominado recurso de protección de garantías constitucionales y, adicionalmente, la libertad empresa puede ser resguardada además mediante el recurso de amparo económico, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales de derecho común que se puedan interponer cuando se entienden afectados estos derechos.

Los Derechos Fundamentales en la Constitución chilena están reconocidos en el artículo 19, que contiene un catálogo de 26 derechos fundamentales o garantías constitucionales, en que no existe una clasificación o separación según la naturaleza del derecho fundamental reconocido, sino que es un catálogo continuo que incorpora desde el derecho a la vida hasta el derecho a adquirir cosas corporales o incorporables, en que sólo algunos son objeto de la acción cautelar del recurso de protección de garantías constitucionales, así por ejemplo, el derecho a la educación no tiene protección cautelar, pero si cuentan con esa protección la libertad de enseñanza o los ya mencionados derechos de propiedad privada y de libertad de empresa¹.

Como se ha señalado, el diseño de la Constitución económica chilena no incorpora el sistema de propiedad de los factores productivos y la libertad económica en un capítulo sobre bases económico financieras del país, sino que se regulan entre las garantías constitucionales de las personas, esto es los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo que se modelan como una garantía de las personas

¹ Algunas garantías constitucionales tienen acciones de cautela específica como la libertad personal, en que frente a su vulneración opera el recurso de amparo o *habeas corpus*. En el caso de la libertad de empresa, cuenta con un recurso jurisdiccional adicional como lo es el recurso de amparo económico, establecido el último día del Régimen Militar: Ley N 18.971 de 10 de marzo de 1990.

frente al Estado y frente a cualquier otra persona que pueda afectarlos, lo que denota la visión ideológica de sus redactores en cuanto a limitar la acción del Estado en materia económica, priorizando la actividad económica privada, para lo cual se les reconoce a nivel constitucional como un derecho fundamental, es decir, como un derecho humano que derivaría de la libertad personal.

Lo anterior tiene como consecuencia que al ser derechos fundamentales, se debe aplicar el principio de respeto irrestricto, en que la Constitución es un instrumento de protección de los derechos de las personas, no solo en sus relaciones con el Estado o «efecto vertical», sino también en las relaciones entre particulares o «efecto horizontal».

El tratamiento unitario de los Derechos fundamentales en el Derecho chileno, en que en un mismo artículo (artículo 19) en diversos numerales (26) se regulan derechos de distinta entidad y naturaleza, tales como el derecho a la vida, el derecho a la tutela judicial efectiva, pero también el derecho a no ser discriminado por la actuación económica del Estado o el derecho a propiedad privada, genera la problemática de la colisión de derechos, en que el método jerárquico siguiendo el orden de sus numerales debe descartarse y debe optarse por la búsqueda de la armonización y ponderación de derechos¹.

La definición de los derechos a la libertad de empresa y de propiedad como Derechos fundamentales en la Constitución chilena se ha justificado en la categorización de éstos como parte de los Derechos Humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948². Esta Declaración, complementada con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, incorpora como Derechos humanos a derechos de contenido patrimonial, como el derecho a la propiedad individual y colectiva (artículo 17) y a derechos de contenido social, como el derecho a la seguridad social (artículo 22).

Cabe precisar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos no se menciona a la libertad de empresa o a la libertad o derecho a realizar actividades económicas como un Derecho Humano y tampoco se realiza tal reconocimiento en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

¹ Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. – P. 166–177.

² Pfeffer Urquiaga E. Manual de Derecho Constitucional. T. 1. – Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985. – P. 362, Nogueira Alcalá H. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. – Santiago: Librotecnia, 2010. – T. 4: Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico. – P. 11–13.

Culturales, ni en ningún tratado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ni del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo cual algunas doctrinas sostienen que la libertad de empresa no puede calificarse como un Derecho Humano, ni un derecho que derive de la dignidad humana o sea un atributo del ser humano¹.

No obstante ello, la libertad de empresa se incorpora, sin discusión, por la doctrina chilena como un Derecho fundamental, atendido su reconocimiento en el bloque de Derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución chilena, justificándolo como un Derecho fundamental derivado de la libertad personal².

3.1. Estatuto constitucional de la Libertad de Empresa

El artículo 19 N 21 de la Constitución chilena, dispone que «*La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que nos sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sujetas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quorum calificado».

Esta norma constitucional reconoce en su primera parte el derecho de toda persona a emprender una actividad económica y en su segunda parte regula lo que se ha denominado el Estatuto del Estado empresario, estableciendo limitaciones o restricciones para la incursión del Estado en actividades empresariales.

Conforme a esta norma la libertad de empresa solo carece de protección constitucional cuando la actividad económica que se realiza o pretende realizar es contraria a la moral, al orden público o a la

¹ *Nogueira Alcalá H.* Derechos fundamentales y garantías constitucionales. – P. 27.

² *Bulnes Aldunate L.* El derecho a desarrollar cualquier actividad económica // Revista de Derecho Público. – Santiago, 1985. – N 37/38. – P. 152; *Verdugo Marinkovich M., Pfeffer Urquiaga E., Nogueira Alcalá H.* Derecho Constitucional. – Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994. – T. I. – P. 296–304.

seguridad nacional, debiendo entenderse la referencia al orden público hecha al ordenamiento jurídico general¹.

La base del sistema regulatorio económico chileno está en la expresión «respetando las normas legales que la regulen» con la que termina el primer párrafo del artículo 19 N 21, constituyéndose esta norma constitucional en el eslabón entre la Constitución económica y el resto del ordenamiento jurídico chileno, que deberá respetar este principio de la libertad de empresa. Por lo señalado, la actividad empresarial que realicen las personas, no es totalmente libre sino que debe respetar las normas legales que la regulen, normas, que a su vez en su regulación no pueden llegar a afectar el contenido esencial del derecho, esto es, que sean de tal intensidad que impidan el ejercicio esencial del derecho (artículo 19 N 26 Constitución chilena).

Se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia chilena sobre el alcance de la expresión «normas legales» que la regulen, sobre si sólo puede regularse por ley o bien por normas emanadas de la autoridad administrativa y la visión mayoritaria, en particular del Tribunal Constitucional chileno², es a entenderla en una interpretación restrictiva solo a normas de rango legal, por tanto leyes emanadas del Parlamento o bien por delegación de ley, pero no por normas administrativas emanadas exclusivamente del Gobierno sin previa autorización legal de regular esa materia económica, con lo cual se busca evitar que el poder político de turno, pueda afectar la libertad de empresa sin justificación legal.

Junto con la libertad de empresa, la garantía constitucional en su párrafo segundo regula al Estado cuando actúa en el ámbito empresarial lo que es extraño se realice en el catálogo de Derechos fundamentales y no en un capítulo que se refiera a las potestades del Estado. En definitiva la Constitución económica dispone que el Estado y sus organismos pueden participar en actividades empresariales «solo si» una ley de quorum calificado³ lo autoriza, y en cuyo caso debe someterse a las mismas normas de los particulares, salvo que se establezca alguna excepción también por ley de quorum calificado.

¹ Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. – P. 218–238.

² Por ejemplo, Tribunal Constitucional chileno, Roles 146/1992 de 2 de abril de 1992, 167/1993 de 6 de abril de 1993, 480/2006 de 27 de junio de 2006; Rol 28884/2015 de 26 de julio de 2016 y Rol 3016/2016 de 9 de mayo de 2016, todas disponibles en – URL: <http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Fecha de última visita: 8 junio 2020).

³ Se requiere para su aprobación la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Como se puede apreciar la regulación constitucional es limitativa para el actuar empresarial del Estado y entendemos se explica porque recoge el principio de subsidiariedad económica que estaba definido como uno de los principios rectores del Régimen Militar en materia económica: La actividad económica deben desarrollarla los particulares y solo excepcionalmente el Estado puede participar en ellas, y si lo hace debe ser autorizado por una ley de quorum calificado, y aún así debe el Estado comportarse en el mercado como si fuese un particular más sujeto a las normas generales. Lo anterior, debe vincularse con lo establecido por el Artículo 1 de la Constitución que dispone que en sus párrafos 2 y 3: «*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*».

Algunos autores, sostienen que esta norma no recoge el principio de subsidiariedad y obviando el método interpretativo histórico, ven en el estatuto del Estado Empresario sólo una regla formal habilitante para que el Estado pueda actuar en la actividad empresarial. Sin embargo, discrepamos de esa visión, ya que la historia de la Constitución revela claramente la intención de limitar al máximo la actividad empresarial estatal y así lo ha reconocido mayoritariamente la jurisprudencia¹ que ha señalado que en esta norma se recoge el principio de subsidiariedad económica como principio rector del orden público económico chileno, esto es, que el Estado solo puede actuar en materia empresarial cuando los particulares no lo hagan, lo hagan mal o no puedan hacerlo. Refuerza esta posición, el hecho que la Constitución utiliza la expresión «solo si», lo que es condicional y denota una limitación, por lo que es algo excepcional a la regla general que la actividad económica en el mercado le corresponde a los particulares, pero principalmente

¹ Por ejemplo, ver sentencia del Tribunal Constitucional chileno; Rol 134/1991 de 9 de septiembre de 1991, Rol 146/1992 de 21 de abril de 1992 que señaló que esta norma constitucional «es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional».

porque define estas reglas dentro de la garantía constitucional de la libertad de empresa, permitiendo acciones jurisdiccionales de cautela constitucional, por tanto si el Estado actúa en ámbitos empresariales sin estar habilitado por una ley de quorum calificado, la que a su vez creemos que deberá justificarse su motivación, los particulares pueden exigir a los tribunales de justicia que el Estado se inhiba de participar en actividades empresariales, y así ha sucedido en numeroso casos conocidos por los tribunales chilenos.

3.2. Estatuto constitucional de la Propiedad Privada

El derecho de propiedad privada tiene un amplio y excesivo reconocimiento en la Constitución económica chilena, como una reacción al reconocimiento más escueto que este tenía en la Constitución anterior de 1925.

La Constitución chilena distingue entre el derecho a la propiedad (artículo 19 nº 23 Constitución) y el derecho de propiedad ya adquirido (artículo 19 N 24 Constitución), y además reconoce propiedades especiales, esto es propiedad industrial e intelectual (artículo 19 N 25 Constitución).

La distinción entre derecho a adquirir la propiedad y el derecho de propiedad ya adquirido, ambos como derechos fundamentales es una manifestación de la importancia que la Constitución chilena entrega a la propiedad privada, ya que entiende que no basta con proteger la propiedad ya adquirida si no se puede tener la libertad de adquirir la propiedad, esto es, se pone en el supuesto que se podría limitar el acceso a la propiedad privada, perdiendo sentido que se proteja el derecho de propiedad, si éste no puede ser adquirido.

El artículo 19 N 24 de la Constitución dispone: *«La Constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quorum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes».*

La libertad de adquisición de bienes, que contempla el artículo 19 número 23 de la Constitución chilena, es objeto de limitaciones en el propio texto Constitucional, estableciéndose que se exceptúan de esta libertad de adquisición los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a

todos los hombres y los bienes nacionales de uso público en la medida que la ley lo declare así.

Los bienes que la naturaleza hace comunes a todos los hombres, como el aire o el mar, la Constitución sigue la normativa civil que los declara como inapropiables¹.

En lo que dice relación con bienes nacionales de uso público – por ejemplo las playas, calles o plazas públicas² – la Constitución exige que sea una ley la que les otorgue esta calificación, con lo que se evita que sea la autoridad administrativa la que, en forma autónoma al legislador, defina la calificación de un bien como bien nacional no susceptible de apropiación por sujetos privados.

El artículo 19 N 24 de la Constitución, como hemos señalado, establece una extensa regulación del derecho de propiedad – ya adquirido – disponiendo una amplia fórmula en su primer párrafo:

«La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales».

El reconocimiento expreso a la propiedad sobre todo tipo de bienes, sean corporales o incorporales, reconoce lo que se denomina la teoría de «derechos sobre derechos», por lo que es posible ser dueño de cosas incorpórales, esto es de derechos subjetivos y no solo de cosas materiales, lo que ha generado que en el derecho chileno que todo lo que tenga connotación patrimonial se pueda reconducir al derecho de propiedad. Este fenómeno ya está muy arraigado en el derecho chileno, y permite ser dueño e incorporar en el patrimonio personal derechos sobre un contrato, sobre el derecho a ejercer un empleo público, sobre créditos, sobre derechos de pesca, sobre derechos de concesiones, etc. En definitiva, se puede tener la propiedad de casi cualquier cosa o derecho, salvo que sea un bien nacional de uso público.

La propiedad privada en la Constitución económica chilena es protegida en todos sus contenidos esenciales de usar, gozar y disponer o desprenderse de ella, estableciéndose que no es posible limitarlos salvo

¹ Artículo 585 Código Civil Chileno (párrafo 1): *«Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas».*

² Artículo 589 Código Civil Chileno: *«Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado, bienes fiscales».*

por una ley, con lo cual se evita que una autoridad de gobierno por un simple acto administrativo afecte la propiedad privada.

Esta norma constitucional en sus siguientes párrafos reconoce la función social de la propiedad, por lo que puede ser objeto de expropiación; pero, inmediatamente, contempla una amplia y detallada regulación de la expropiación y de los derechos del expropiado: indemnización del daño patrimonial efectivamente causado, que antes de tomar posesión el Estado del bien expropiado, pague el monto que fijen provisionalmente los peritos, y a falta de acuerdo el pago debe ser en dinero efectivo y al contado, no a plazo y el derecho a cuestionar la legalidad de la expropiación.

La detallada regulación de la expropiación a nivel constitucional denota la especial preocupación en la Constitución económica chilena sobre la protección de la propiedad privada.

La única excepción en la Constitución se refiere a los yacimientos y sustancias mineras e hidrocarburos líquidos o gaseosos, en que se establece que es propiedad exclusiva, inalienable e imprescriptible del Estado (artículo 19 número 24, párrafo 6 y siguientes).

Esta formulación de la propiedad minera como estatal proviene de diversas reformas a la Constitución chilena de 1925, la última de ellas en el gobierno del Presidente Salvador Allende que permitió la nacionalización de la gran minería del cobre, lo que fue aprobado por amplia mayoría parlamentaria¹.

Sin embargo, este estatuto constitucional de la propiedad minera estatal, se ve atenuado por un sistema de concesiones mineras, en que el Estado mediante un procedimiento judicial otorga concesiones para la exploración o explotación de sustancias mineras a privados,² concesión que en virtud de la Ley Orgánica de Concesiones Mineras² se constituyen en derechos reales, de dominio o propiedad privada, para el titular de la concesión minera de explotación, con lo cual en la práctica el concesionario privado se transforma en dueño del yacimiento minero, ya que las causales de término de la concesión son muy excepcionales, reconociéndose en la ley orgánica constitucional -que complementa la Constitución- el derecho de propiedad sobre la concesión minera -derecho sobre derecho-, con lo cual se vuelve a la regla general de propiedad privada en todos los sectores industriales de la economía chilena. Por ello en la minería del cobre junto a la empresa estatal Codelco, operan diversas empresas mineras privadas, la mayoría de

¹ Ley N 17.450 de 15 de junio de 1971.

² Ley N 18.087 de 7 de enero de 1982.

capitales extranjeros. Solo se excluyen de este sistema de concesiones, los hidrocarburos líquidos o gaseosos que son objeto sólo de concesiones administrativas que no constituyen derechos reales para sus titulares.

Por último, en materia de propiedad, respecto de las aguas, el artículo 19 número 24 párrafo final la Constitución económica chilena dispone que *«los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos»*, con lo cual no obstante que las aguas según el Código Civil son bienes nacionales de uso público, si una persona cuenta con derechos para extraerla (derechos de aprovechamiento de aguas), dicha persona se hace dueña de las aguas que puede extraer, pudiendo impedir que otros extraigan agua y pudiendo vender sus derechos de agua. Esta norma ha generado un amplio debate, porque colisiona con el derecho humano a acceder al agua por razones de consumo personal, existiendo zonas, especialmente agrícolas o mineras en que empresas privadas cuentan con gran parte de los derechos para extraer aguas, limitando o afectando directamente el derecho de la población a acceder al agua para consumo humano.

4. El Estado de Chile y su participación en la economía

El papel del Estado, reflejado en la Constitución económica chilena, es de actuación empresarial excepcional, fundado en el principio de subsidiariedad que se expresa en su fase negativa o de abstención, sin que se destaque la dimensión positiva o de actuación del Estado cuando los particulares no pueden realizar una determinada actividad económica, no están dispuestos a realizarla o la hacen mal.

En el ámbito de actuación directa del Estado, como en prestación de servicios sociales, la Constitución económica chilena igualmente considera la participación de los particulares, así en el ámbito de la salud o de la seguridad social, particularmente en el sistema de pensiones, se permite la participación privada. Si bien la Constitución no prohíbe la participación del Estado sino que reconoce que los privados pueden participar, en materia de pensiones, por disposición de la ley, la única opción de los trabajadores (excepto las Fuerzas Armadas) desde 1988, es cotizar en sistemas de pensiones privados de capitalización individual en que los fondos de los trabajadores son administrados por empresas privadas y luego con cargo a ellos pagar las pensiones una vez que la persona se jubile. Este diseño, es objeto de constantes cuestionamien-

tos, y es una de las manifestaciones más evidentes de la visión de una Constitución económica en que se permite la participación de privados en todo ámbito en que éstos puedan actuar, incluso en la seguridad social.

En esta línea de ideas, cabe mencionar que la Constitución de 1980 no menciona al Estado como un «Estado social y democrático de derecho» o como un «Estado social», como sí es señalado en a muchas Constituciones contemporáneas¹.

Sin perjuicio de lo señalado, la falta de declaración expresa constitucional de un Estado social, no significa que el Estado no tenga ningún un rol social, ya la configuración del Estado en las «Bases de la Institucionalidad», señaladas en el Título primero de la Constitución de 1980, en su artículo 1º, dispone que el Estado tiene por fin promover el bien común y procurar que las personas alcancen el mayor bienestar espiritual y material posible.

La Constitución de 1980, en su catálogo de Derechos fundamentales, influido por las ideas fuerza o ideología liberal de sus redactores, optan por una definición de libertades más que de derechos sociales, así consagra la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para adquirir el dominio, en que, si bien, es posible la configuración de las libertades como derechos, esto es, el derecho a que esa libertad no pueda ser afectada, se evita establecer expresamente derechos sociales unidos a deberes prestacionales del Estado, esto es, de satisfacer efectivamente ese derecho, en que si bien en la práctica y por mandato legal puede cumplirlos, no existen acciones jurisdiccionales directas para exigirlos cuando no los presta o lo hace inadecuadamente.

Así, por ejemplo, reconoce algunos derechos sociales como el derecho a la educación, a la protección de la salud o derecho la seguridad social, pero no se establece en el texto constitucional una obligación o deber específico correlativo del Estado de ejecutar una prestación directa para el cumplimiento de esos derechos, restringiéndose las tareas del Estado, más bien, a controlar y garantizar el acceso a prestaciones de educación, salud o seguridad social, sea que se realicen por entidades estatales o privadas, estando además esos derechos excluidos como causales para interponer recursos de protección de garantías constitucionales. La única excepción en la Constitución es, luego de diversas reformas al Artículo 19 N° 10 de la Constitución, el

¹ Por ejemplo, artículo N 1.1 Constitución española, que utiliza la fórmula «Estado social y democrático de derecho» o el artículo N 1 de la Constitución de Colombia, que califica a Colombia como un «Estado social de derecho».

reconocimiento de la obligación del Estado de entregar gratuitamente educación desde los niveles preescolares hasta la enseñanza media (previo a la Universidad) pero sin que se impida la educación privada en esos mismos niveles.

Es claro que la Constitución de 1980 toma partido por el papel de las personas en la consecución de su propio bienestar¹, reservando el papel del Estado a una actuación subsidiaria, permitiéndose, en consecuencia, la participación de los privados en casi todo ámbito económico, incluida la seguridad social y la salud, restándose el Estado de un papel prestador para situarse en un papel de regulador de la actividad económica privada o subsidiario como sucede por ejemplo en el sistema de pensiones privados, en que si los fondos acumulados por el trabajador, al momento de pagar sus pensiones se agotan o están bajo un mínimo definido legalmente, sólo allí el Estado actúa pagando pensiones solidarias.

La inclusión de la participación privada en la prestación de estos Derechos sociales es interpretada, por algunos, como una manifestación del reconocimiento de un modelo neoliberal en la Constitución económica chilena² y, por otros, como un reflejo del reconocimiento de una economía social de mercado, atendido el papel subsidiario del Estado en materia económica.

Es efectivo que la incorporación de los privados en la administración económica de áreas que antes de la Constitución de 1980, eran consideradas como sectores exclusivos del Estado (especialmente en el ámbito de las pensiones y la salud) responde a la influencia que los personeros de inspiración neoliberal del área económica del Régimen militar ejercieron en la redacción de la Constitución de 1980. Sin embargo, es necesario reconocer que la Constitución económica chilena

¹ Artículo 1 párrafo 4 Constitución: «*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece».*

² El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público / Atria Lemaitre F., Larraín R ios G., Benavente J.M. Corso Salas J., Joignant A. – Santiago: Rhm, 2013. – P. 110: estos autores se preguntan «¿No hay en el contenido de la Constitución un programa político neoliberal? ¿Es que quienes la escribieron no querían constitucionalizar su proyecto político? ¿No es el catálogo de derechos fundamentales uno esencialmente neoliberal?». La respuesta, dicen estos autores, es que «los redactores evidentemente intentaron hacerlo, pero el lenguaje constitucional tiene una dinámica que hace difícil lograrlo».

no prohíbe la acción del Estado en materia de prestación de Derechos sociales, solo exige que la acción estatal no vulnere el derecho de los particulares a desarrollar una actividad económica, debiendo respetar el Estado el principio de subsidiariedad económica, por ello, no sería inconstitucional un sistema estatal de pensiones en la medida que se permita a las personas elegir entre ese sistema estatal y el sistema privado, podría, por ejemplo, fundado en que las administradoras privadas de fondos de pensiones realizan mal su trabajo, crear una empresa estatal de administración de fondos de pensiones, mediante una ley de quorum calificado.

Por lo señalado, más allá de la inspiración inicial neoliberal, desde la perspectiva de los Derechos fundamentales la participación del Estado no está prohibida y la mayor o menor intensidad de la acción estatal en esos ámbitos dependerá del modelo y políticas económicas que cada gobierno desee implementar y las mayorías parlamentarias con las que pueda contar, por lo que es perfectamente posible, con el texto actual de la Constitución económica chilena, contar con un papel más activo del Estado, en una visión del principio de subsidiariedad bidimensional, esto es, en su fase activa y no solo en su fase pasiva o de abstención.

Lo que la Constitución de 1980 no contempla es una actuación del Estado exclusiva y excluyente de los particulares en cualquier ámbito económico, por lo que un sistema económico socialista y, consecuentemente, modelos económicos bajo esos postulados, en que los factores productivos sean exclusivamente estatales, están descartados en el texto vigente de la Constitución económica chilena.

5. El equilibrio presupuestario de la actuación económica del Estado en la Constitución económica chilena

La Constitución económica chilena incorpora, en diversas materias, normas de resguardo o control macroeconómico, claramente influenciados por la visión económica monetarista existente al momento de su redacción.

La visión monetarista de la economía privilegia como objetivo macroeconómico¹, la estabilidad de los precios o control de la inflación

¹ Considerando como objetivos macroeconómicos el crecimiento económico, la estabilidad de la moneda o control de la inflación, el pleno empleo o evitar el desempleo y el equilibrio de las cuentas internas y externas del Estado, eso es, evitar el déficit fiscal.

por sobre el pleno empleo¹, al considerar que la inflación siempre es un fenómeno monetario² cuya principal causa es el déficit fiscal, el que, a su vez, genera desempleo. En la mirada monetarista, la moneda es la variable a controlar y, previo a ello, lo que se debe evitar es el déficit fiscal.

La preocupación por evitar el endeudamiento del Estado fue prioritaria en el manejo económico de los economistas monetaristas del Régimen militar, quienes como ya lo señaláramos, se incorporaron al gobierno en 1975 para frenar los altos niveles de inflación³. No se trató solo de una preocupación económica, sino que también jurídica, a efectos de incorporar en la Constitución reglas destinadas a evitar el endeudamiento del Estado sin respaldo en los ingresos para pagar la deuda. Es lo que se hemos denominado la «constitucionalización del diseño económico».

Esta preocupación de incorporar reglas de equilibrio presupuestario en la redacción de la Constitución se reflejó luego en una serie de normas que apuntan a ese objetivo: endeudamiento del Estado incorporado como materias de ley (artículo 63 Constitución); las materias de ley que implican gasto fiscal son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (y no por moción parlamentaria) (artículo 65 Constitución); en la tramitación de la Ley de Presupuestos de la nación no puede incorporarse nuevos gastos sin indicar la fuente de los ingresos con los que se financiarán, pudiendo rebajar el Presidente de la República proporcionalmente todos los gastos (artículo 67 Constitución); los servicios de Tesorerías del Estado solo pueden efectuar pagos previo decreto o resolución en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que le autorice (artículo 100 Constitución); el otorgamiento de franquicias y beneficios indirectos por parte del Estado deben incorporarse anualmente en la Ley de Presupuestos (artículo 19 N°22 Constitución).

Objetivos que en el corto plazo no es posible lograr al mismo tiempo ya que algunos son contradictorios entre sí, como en el corto plazo el pleno empleo y el control de la inflación, siguiendo en este punto el modelo de la Curva de Phillips.

¹ Argandoña A. El pensamiento económico de Milton Friedman // Documento de Investigación. – Barcelona: IESE, 1990. – N DI-193. – P. 17-19.

² Rosende Ramírez F. ¿El fin del monetarismo? // Cuadernos de Economía. – Santiago, 2003. – N 121. – P. 681-689.

³ Morandé F., Noton C. La conquista de la inflación en Chile. Conferencia del Presidente de la Sociedad de Economía de Chile // Departamento de Economía. Universidad de Chile. – Santiago, 2004. – P. 5-8.

Como se puede apreciar el diseño de la Constitución económica en esta materia fue reconducir todas las materias que llevan al endeudamiento del Estado a la reserva legal, esto es, que sean materias de ley, de modo que no sea una decisión exclusiva de quien gobierna, sino que deba contar con el apoyo de mayorías parlamentarias, lo que no es fácil de obtener en un sistema político que funciona en base a dos bloques principales (centro derecha y centro izquierda) y que dentro de éstos existe alta fragmentación en los últimos años.

La Constitución de 1980 al momento de definir el sistema de reserva legal optó por un sistema de dominio legal máximo, especificando detalladamente en el texto constitucional las materias que son objeto de una ley, siguiendo en el artículo 63 de la Constitución la fórmula «*Sólo son materias de ley*». Esta opción difiere de la que seguía la Constitución de 1925, que utilizaba en su artículo 44 la fórmula «*Sólo en virtud de una ley se puede*». De acuerdo a este sistema de dominio legal máximo¹, la regulación de toda materia no establecida expresamente en la Constitución como materia de ley quedará entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El artículo 63 de la Constitución establece un catálogo de veinte materias de ley, por tanto, en estas materias se excluye salvo derivación legal expresa la regulación por parte de las autoridades administrativas.

Entre este catálogo, se encuentran las siguientes materias referidas al endeudamiento del Estado:

Son materias de ley en el Artículo 63: (N 7) *Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quorum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo periodo presidencial Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central.* (N 8) *Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades. Esta disposición no se aplicará al Banco Central; y* (N 9) *Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan*

¹ Nogueira Alcalá H. Derecho Constitucional chileno. T. II. – Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013. – P. 627–629.

contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;

Todas las materias de ley que involucran gasto fiscal, solo se puede iniciar su tramitación por iniciativa del Presidente de la República, de igual forma (artículo 65 de la Constitución) deben iniciarse todos los proyectos de ley que digan relación con impuestos, creación de servicios públicos y empleos fiscales, esta es una regla que ya estaba en la Constitución de 1925 y con ello se evita que parlamentarios presenten proyectos que aumenten el gasto público, entendiendo que es el gobierno el que tiene la perspectiva general de ingresos y gastos.

La Constitución regula, además, en el artículo 67 el procedimiento para la tramitación de la Ley de Presupuestos del Estado, incorporando una serie de reglas, tendientes igualmente a mantener el equilibrio presupuestario fiscal, estableciéndose, entre otras, que el Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente, sin que pueda el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto, fijándose finalmente una norma de cierre y refuerzo del equilibrio presupuestario, en cuanto si un nuevo gasto que se apruebe no es financiable con la estimación de ingresos, el Presidente de la República deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza.

La regulación descrita previamente de la Constitución económica chilena sobre el endeudamiento estatal, revela un interés claro en evitar el endeudamiento estatal si no se indica con cargo a que fuentes de ingresos se pagará, estando además prohibido constitucionalmente que el Estado se financie en el Banco Central de Chile (artículos 108 y 108 de la Constitución), y además se busca evitar que un gobierno pueda endeudarse a largo plazo comprometiendo gobiernos siguientes, disponiendo la Constitución que si el pago del empréstito excede el período presidencial (4 años) la ley que lo autorice requiere, además, que sea aprobada con quorum calificado.

Este conjunto de normas de la Constitución económica han permitido un estricto control al endeudamiento del Estado, declarándose, inconstitucionales iniciativas del gobierno que han buscado obtener financiamiento por vías alternativas a una ley o que se tratan de autorizaciones de endeudamiento genéricas, lo que no está permitido por la Constitución ya que se requiere de una autorización por ley y

sólo para financiar proyectos específicos, evitando de esta forma una flexibilización de la norma constitucional¹.

Lo antes señalado tiene un efecto macroeconómico importante: la política económica fiscal, cuyos instrumentos básicos son los impuestos y el gasto público y que teóricamente se entregan al gobierno, en el caso de Chile, en su origen deben ser regulados por ley, con lo cual el Presidente de la República, con su iniciativa exclusiva para presentar el proyecto de ley, puede bloquear al Congreso en cualquier iniciativa en este ámbito. Pero, por otro lado, una vez presentado el proyecto, el Congreso termina siendo un cogestor del Presidente de la República en la definición de la política fiscal del gobierno, con ello, el Poder Legislativo se transforma en un actor relevante en la política fiscal de los distintos gobiernos, los que podrán implementar sus medidas programáticas, con mayor o menor éxito, según cuenten o no con una mayoría parlamentaria en el Congreso.

El diseño de control financiero estatal de la Constitución chilena no impide al gobierno diseñar y ejecutar su política económica, pero sí la condiciona y, eventualmente, la dificulta si el gobierno de turno no cuenta con mayorías parlamentarias. Igualmente, por cierto, no impiden que pueda existir déficit fiscal, ya que ello dependerá en la ejecución del presupuesto del rendimiento esperado de los ingresos proyectados, pero si lo minimiza ya que los gastos anuales del Estado están previamente establecidos, y si deben aumentarse por contingencia deberá seguirse el procedimiento legislativo correspondiente.

6. Reconocimiento constitucional de la autonomía del Banco Central de Chile

El Banco Central es el órgano estatal responsable de la emisión de dinero circulante en Chile desde el año 1925, cuando fue creado. El reconocimiento constitucional del Banco Central, es una innovación de la Constitución de 1980, ya que antes solo tenía una regulación legal pero no constitucional. El incorporar al Banco Central a la Constitución responde a una demanda de los personeros económicos del Régimen

¹ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional N 1153/2008, de 30 de septiembre de 2008 sobre financiamiento para el sistema de transporte público de la ciudad de Santiago.

Militar de orientación neoliberal monetarista que se concretiza en los artículos 108 y 109 de la Constitución en que reconocer su autonomía¹.

El artículo 108 de la Constitución reconoce al Banco Central de Chile como un órgano autónomo y de carácter técnico cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.

La autonomía constitucional del Banco Central, apoyada por los buenos resultados técnicos que exhibe desde 1990, es una cuestión no discutida en la doctrina tanto jurídica como económica chilena² en cuanto el texto de la Constitución es claro en tal sentido, por lo que no presenta cuestiones de interpretación, más allá de las distintas posturas que puedan existir desde una visión económica sobre si la autonomía del Banco Central y, por tanto, su autonomía respecto del Gobierno de turno, en el manejo de la política monetaria y cambiaria es conveniente o no, atendido que podría producirse en un caso extremo una total descoordinación y desvinculación entre la política económica fiscal que realiza el Gobierno, a través de las herramientas de los ingresos y del gasto público, con aquellas que adopte en el ámbito monetario el Banco Central.

Como anticipamos, la Constitución económica califica al Banco Central como un organismo «técnico»³ y por tanto no «político», debiendo entenderse la voz «técnico» como relativa o perteneciente a quien posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte. Entonces, el carácter técnico con que se caracteriza al Banco Central pareciera implicar que dicha entidad debe actuar conforme a las reglas de la técnica del área o ciencia que desarrolla. En este caso, la ciencia no ha de ser otra que la economía y, en este caso específico, la política monetaria y cambiaria⁴.

¹Según Arturo Yrarrázaval Covarrubias, «la razón de ser de esta innovación guarda relación directa con la experiencia histórica en Chile, que hizo que el ejecutivo, por intromisión muchas veces del Congreso, apelase al endeudamiento con el Banco Central para efectos de obtener recursos no presupuestados. Este endeudamiento significó, en parte, que el país llegase a tener niveles de inflación en 1972 y 1973 nunca antes vistos en la historia económica chilena y pocas veces visto en otros países». *Yrarrázabal Covarrubias A.* Principios económicos de la Constitución de 1980 // Revista Chilena de Derecho. – Santiago de Chile, 1987. – Vol. 14. – P. 111.

² *Guerrero Becar J.L.* La Constitución Económica Chilena. – P. 388–399.

³ *Guerrero Becar J.L.* La incidencia del derecho en el control de la inflación // Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. – Valparaíso. 2010. – N 35. – P. 341–345.

⁴ *Bianchi Larre A.* La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación // Revista Economía Chilena. – Santiago, 2009. – Vol. 12, N 3. – P. 11–23.

La especial preocupación por evitar que el Banco Central financie al Estado quedó incorporada en la Constitución, mediante la prohibición expresa en el artículo 109 al Banco Central de financiar gasto público u otorgar financiamiento al Fisco, preocupándose además de reiterar el principio de igualdad en materia económica que el Estado debe dar en esta misma materia, en este caso, específicamente aplicado al Banco Central en cuanto órgano autónomo.

7. Sobre un modelo económico inserto en la Constitución Económica chilena

Como se ha mencionado previamente, la actuación del Estado de Chile en el ámbito económico está diseñada en la Constitución económica chilena sobre la base del respeto del principio de subsidiariedad en una perspectiva de su fase pasiva más que activa, con preeminencia de la actividad privada por sobre la estatal.

Luego, en su actuación económica la Constitución económica chilena por medio de una serie de normas, privilegia el equilibrio presupuestario estableciendo restricciones al gasto público por parte del Estado, junto con prohibirle su financiamiento en el Banco Central, como si podía hacerlo hasta 1975, otorgándole a dicho Banco autonomía constitucional.

No existen en la Constitución económica chilena referencias significativas a deberes del Estado en orden a propender al pleno empleo o a la productividad nacional, salvo la referencia inicial que el Estado está al servicio de la persona humana y debe propender al bien común, pero sí existen diversas referencias expresas a su control presupuestario y al reconocimiento de la autonomía del Banco Central, reconocido por primera vez con rango constitucional, autónomo y técnico en la Constitución de 1980.

La Constitución económica chilena, a diferencia de otras Constituciones económicas que expresamente señalan que adhieren a un modelo de Estado social y democrático de derechos o bien que reconocen la economía de mercado expresamente como la Constitución española de 1980, no menciona al mercado ni califica al Estado como Social, ni exige que los poderes públicos se preocupen del pleno empleo o controlen la inflación, lo que podría llevar a un lector descuidado a pensar que la Constitución económica chilena es sin duda neutra en materia económica. Sin embargo, como lo hemos anticipado, tanto por su origen, por su redacción, como por el conjunto sistemático de

normas económicas, claramente la Constitución económica chilena reconoce los elementos necesarios para que funcione una economía de mercado (libertad de empresa y propiedad privada) y facilita o prioriza un manejo económico mediante la política monetaria del Banco Central de Chile, prohibiéndole constitucionalmente financiar directa o indirectamente al Estado, lo que se une a un entramado de normas de control del equilibrio presupuestario destinadas a evitar el déficit fiscal, que si se revisan como un sistema integrado.

Todas estas normas dificultan, pero no impiden, el ejercicio de la política fiscal del Gobierno y, por otro lado, no imponen, pero facilitan la política monetaria del Banco Central, pero sin dudas nos permite sostener que en la Constitución económica chilena existe una visión neoliberal de características monetaristas, en que se privilegia el control de la inflación por sobre el pleno empleo, al menos al corto plazo, lo que es propio de la visión ideológica y contexto en que se redactan sus normas en la segunda mitad de la década del setenta del siglo veinte, sin que transcurridos 40 años de vigencia ese diseño constitucional económico haya variado, mostrando el país buenos indicadores macroeconómicos, pero persistiendo problemas de desigualdad entre la población.

8. Conclusiones

Descartamos como sostuvo por largo tiempo gran parte de la doctrina chilena, que la Constitución económica chilena sea neutra en materia económica.

La Constitución económica chilena sin señalarlo expresamente se adscribe a una economía de mercado, con una significativa influencia liberal en la configuración del bloque de Derechos fundamentales, en que se reconocen más libertades que deberes, destacando la protección a la libertad económica y a la propiedad privada. Sin perjuicio de estas influencias liberales incuestionables, lo cierto es que esas normas constitucionales no impiden una mayor participación del Estado en la satisfacción de prestaciones sociales, aunque sí establecen una serie de restricciones para cumplir ese fin.

Adicionalmente, identificamos en la Constitución económica chilena, un sistema de control presupuestario que permiten el control de la inflación, que es una expresión nítida de la visión económica neoliberal monetarista propia del contexto de su redacción, en que la economía chilena estaba bajo el control de economistas neoliberales

que seguían el modelo monetarista, esto es, que estimaban que el control de la inflación siempre debe privilegiarse como objetivo macroeconómico, por lo que estimamos que el modelo neoliberal monetarista se expresa en su mayor intensidad, como opción o intención de la Constitución económica chilena en el sistema de normas constitucionales de control macroeconómico, que tiende a evitar una de las principales causales de la inflación desde la perspectiva monetarista: el déficit fiscal y su financiación por parte del órgano emisor.

Por lo señalado, es posible concluir que la Constitución económica chilena, tanto formal como material, recoge tácitamente un modelo económico neoliberal monetarista.

Sin embargo, más allá del origen o calificación como neoliberales y monetaristas de diversas normas constitucionales, en particular de las de control presupuestario que facilitan el control de la inflación (los índices de inflación anual de Chile desde 1994 nunca han superado el 10%) cabe reconocer que éstas han sido incorporadas y aceptadas por los distintos gobiernos democráticos, cualquiera sea su tendencia política, favoreciendo los buenos indicadores macroeconómicos de la economía chilena hasta 2019, lo que no obsta a la necesidad de su flexibilización sin romper el principio de responsabilidad financiera del Estado.

El cuestionamiento principal de la sociedad chilena no ha sido a estas normas constitucionales de control presupuestario del Estado, sino a la desigualdad en la distribución del ingreso, al mal desempeño de las empresas privadas que administran las pensiones y al alto costo de prestaciones de salud que son entregadas con mejor calidad o prestaciones en el ámbito privado que en el sector público.

De ello se suele culpar al texto constitucional particularmente su diseño respecto de los derechos sociales, pero como se ha señalado dicho texto no impide una mayor y más eficiente actuación estatal en materia de derechos sociales, sino que permiten la participación privada en esos ámbitos, lo que es distinto, aun cuando ello sea un caso excepcional en el derecho comparado en que diversos derechos sociales estén entregados exclusivamente al sector estatal.

Ya transcurridos 40 años de vigencia, resulta necesario realizar ajustes a este diseño económico constitucional¹ que flexibilice ciertas normas y defina al Estado de Chile, como un Estado solidario y

¹ Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. – P. 388–399; Guerrero Becar J.L. La Constitución Económica Chilena. Bases para el cambio. – P. 341–345.

democrático de derecho, adscrito a una economía de mercado, pero con un papel del Estado redistribuidor, con una fase activa y no solo pasiva del principio de subsidiariedad, en que se incorpore la experiencia y aprendizaje histórico de Chile, que permitan consensuar un orden económico, jurídico y social en que, aprendiendo de su pasado, Chile avance hacia una sociedad libre y solidaria.

Раздел 3.

ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СУВЕРЕНИТЕТА

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.06

О.Ю. Болдырев¹

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ СУВЕРЕНИТЕТ И ЭКОНОМИЧЕСКАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ ГОСУДАРСТВА КАК ОБЪЕКТЫ КОНСТИТУЦИОННО-ЭКОНОМИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ. (Статья)

Аннотация. Сегодня в проблематике суверенитета, актуализированной глобализацией и сочетанием процессов интеграции с попытками отдельных государств выйти из международных обязательств, особое значение приобретает экономический аспект: именно экономическая составляющая государственного суверенитета («экономический суверенитет») оказывается наиболее уязвимой, а ее ограничение подрывает государственный суверенитет в целом («политический суверенитет»); именно финансово-экономические механизмы используются «странами Центра» и ТНК для десуверенизации других государств. Россия столкнулась с рядом вызовов для своего экономического суверенитета и экономической безопасности в 1990-е годы, и проблема сохранила актуальность в 2000-е и 2010-е годы. Несмотря на очевидную актуальность, проблематика экономического суверенитета пока мало исследована в конституционно-правовой науке, хотя некоторые шаги уже сделаны. В то же время, такие концепции, развиваемые в рамках «конституционной экономики», как доктрина «независимости центральных банков», – сами несут риски для экономического суверенитета государств. Свой вклад в исследование проблематики экономического суверенитета может сделать теория экономической конституции, тем более, что у категорий «экономический суверенитет» и «экономическая конституция» похожая судьба: оба термина встречают скептическое отношение со стороны ряда юристов-конституционалистов, но их использование открывает новые методологические возможности. В статье обосновывается

¹ Олег Юрьевич Болдырев – ассистент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доцент кафедры муниципального права юридического института РУДН, кандидат юридических наук.

использование категории «экономический суверенитет» в конституционно-правовых и конституционно-экономических исследованиях; аргументируется – под углом конституционно правового взгляда – ценность экономического суверенитета, приводятся некоторые вызовы и угрозы экономическому суверенитету и экономической безопасности государства и апробированные в зарубежном опыте конституционно-правовые механизмы их обеспечения и защиты. Делается вывод о том, что хотя внесение поправок в Конституцию в 2020 г. аргументировалось, в том числе, соображениями обеспечения государственного суверенитета, Закон о поправке к Конституции РФ № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» не дополнил Конституцию РФ апробированными в зарубежной практике и актуальными для России инструментами обеспечения экономического суверенитета.

Ключевые слова: конституционное право; суверенитет; экономический суверенитет; экономическая безопасность государства; экономическая конституция.

O.Y. Boldyrev

Economic Sovereignty and Economic Security of the State as the Subject of the Constitutional and Economic Research

*Abstract. Today, in the issues of sovereignty updated by globalization and the combination of integration processes with attempts by individual states to get out of international obligations, the economic aspect is of particular importance: it is the economic component of state sovereignty («economic sovereignty») that is most vulnerable, and its restriction undermines state sovereignty in general («Political sovereignty»); it is financial and economic mechanisms that are used by the «countries of the Center» and TNCs to de-sovereignize other states. Russia faced a number of challenges for its economic sovereignty and economic security in the 1990 s, and the problem remains relevant in the 2000 s and 2010. Despite the obvious relevance, the problems of economic sovereignty have not been studied much in constitutional law science, although some steps have already been taken. At the same time, such concepts developed within the framework of the «constitutional economy» as the doctrine of «independence of central banks» themselves bear risks for the economic sovereignty of states. The theory of economic constitution can make its contribution to the study of problems of economic sovereignty, especially since the categories of «economic sovereignty» and «economic constitution» have a similar fate: both terms came across skepticism of a number of constitutional lawyers, but their use opens up new methodological possibilities. The article substantiates the use of the category of «economic sovereignty» in constitutional and constitutional and economic studies; the value of economic sovereignty is argued – from the point of view of constitutionally legal; some challenges and threats to the economic sovereignty and economic security of the state and constitutional and legal mechanisms for ensuring and protecting them that have been tested in foreign experience are given. It is concluded that although the amendment of the Constitution in 2020 was argued, *inter alia*, by considerations of ensuring state sovereignty, the Law on Amendment to the Constitution of the Russian Federation No. 1-FKZ «On improving*

the regulation of certain issues of the organization and functioning of public authority» did not supplement the Russian Constitution by tools to ensure economic sovereignty, tested in foreign practice and relevant for Russia.

Keywords: constitutional law; sovereignty; economic sovereignty; economic security of the state; economic constitution.

Экономическое развитие не сводится к росту ВВП и аналогичным показателям. Важно обеспечение экономической безопасности государства и сохранение в его руках суверенного спектра инструментов социально-экономической политики. Введение категорий «экономическая безопасность» и «экономический суверенитет» – как и категории «экономическая конституция» – открыло новые методологические возможности.

Когда-то Г. Еллинек писал, что исследование суверенитета позволяет глубже понять современные проблемы и заглянуть в будущее¹. Сегодня «вечнозеленую» проблематику суверенитета² актуализируют глобализация и сочетание процессов интеграции с попытками отдельных государств выйти из международных обязательств (вслед за Великобританией свежий пример – Италия, где внесен законопроект, предусматривающий проведение референдума о выходе из ЕС)³. Речь идет о государственном суверенитете, но затрагивается и народный суверенитет: по мере того, как национально-государственные функции переводятся на уровень транснационального управления, демократический процесс в национальных государствах фактически выхолащивается⁴, притом что наднациональные организации, в значительной степени выведенные из-под контроля демократически легитимированных органов власти, сами таковыми не становятся⁵.

Особую же остроту приобрел экономический аспект: именно экономическая составляющая государственного суверенитета (иногда используется термин «экономический суверенитет») ока-

¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 28.

² Пастухова Н.Б. Государственный суверенитет: история и современность. – М.: Аспект Пресс, 2013. – С. 8.

³ По стопам Лондона: в Италии готовят референдум о выходе из ЕС // Российская газета. – 2020. – 04.06.

⁴ Хабермас Ю. Эссе к конституции Европы. – М., 2013. – С. 50, 54.

⁵ Уитц Р., Шайо А. Суверен наносит ответный удар: судебная перспектива многоуровневого конституционализма в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. – 2018. – № 1 (122). – С. 33–53.

зываются наиболее уязвимой, а ее ограничение создает риск выхолащивания «политического суверенитета» (термин, используемый политологами); кроме того, «именно экономические механизмы в настоящее время позволяют достигать тех целей по установлению «трансграничного контроля» над различными секторами экономики и отдельными странами, который ранее обеспечивался лишь силовыми методами»¹.

Россия столкнулась с рядом подобных вызовов в 1990-е годы: закредитованность по линии международных финансовых организаций; утрата в ходе приватизации контроля над стратегическими предприятиями, целыми отраслями экономики и критически важными технологиями; «покушения» на «ресурсно-энергетический» суверенитет и борьба за его сохранение (подписание Договора к Энергетической хартии и отрицательное заключение на него Счетной палаты РФ, отказ Парламента его ратифицировать; борьба вокруг закона «О соглашениях о разделе продукции»).

Проблема экономического суверенитета сохранила актуальность и в новом веке: это и многолетнее «резервирование» огромных средств в финансовых инструментах западных государств, что эксперты квалифицируют как «льготное кредитование стратегических конкурентов России»², и денежно-кредитная политика, которую часть специалистов считает «несовместимой с независимым политическим курсом и национальной безопасностью России»³, и присоединение к ВТО, фактически ограничившее всю полноту суверенитета России в ряде вопросов, находящихся, по ст. 71 Конституции, в ведении Российской Федерации⁴. Проблема зависимости от импорта высокотехнологичной продукции дополнительна актуализирована пандемией COVID-19: субстанции многих жизненно важных лекарств – импортные.

¹ Еришев М.В. Экономический суверенитет России в глобальной экономике. – М.: Экономика, 2005. – С. 4.

² Сильвестров С.Н. Глобализация и глобальное регулирование: новейшие тенденции и вызовы для российской экономической политики // Российский экономический журнал. – 2016. – № 3. – С. 84.

³ Глазьев С.Ю. О неотложных мерах по укреплению экономической безопасности России и выводу российской экономики на траекторию опережающего развития: Доклад. – М.: Институт экономических стратегий; Русский биографический институт, 2015. – С. 34–35.

⁴ Болдырев О.Ю. Экономический суверенитет государства и конституционно-правовые механизмы его защиты: монография / науч. ред. С.А. Авакян. – М.: Проспект, 2018. – С. 253–303.

Несмотря на очевидную актуальность, проблематика экономического суверенитета пока мало изучена конституционно-правовой наукой. Но ряд шагов в восполнение данного пробела уже сделан. Так, в «Программе научно-исследовательской работы в области конституционной экономики»¹ обозначена «проблема ограничения государственного суверенитета в экономической сфере в связи с участием России в межгосударственных объединениях и передачей им части своих полномочий»; «изменения экономических функций государства в связи с делегированием властных полномочий саморегулируемым организациям предпринимателей»²; вышла монография и ряд статей по конституционно-правовым аспектам экономического суверенитета и экономической безопасности государства³.

В свете выше изложенного целесообразно рассмотреть следующие вопросы.

1. Использование категории «экономический суверенитет» в конституционно-правовых и «конституционно-экономических» исследованиях⁴.
2. Ценность экономического суверенитета государства.
3. Основные вызовы и угрозы экономическому суверенитету и экономической безопасности государства и конституционно-правовые механизмы их обеспечения и защиты.
4. Влияние на экономический суверенитет России норм, внесенных Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

Рассмотрим эти вопросы подробнее.

¹ Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / отв. ред. Г.А. Гаджиев. – М.: «Юстиц-информ». 2009. – С. 276.

² Там же. – С. 278.

³ См., в частности: Болдырев О.Ю. Указ. соч.; Петрова Г.В. Конституционные основы защиты валютного и бюджетного суверенитета Российской Федерации в контексте обеспечения валютной и бюджетной безопасности // Ежегодник конституционной экономики. 2018 / Ответственные редакторы С.А. Авакян, П.Д. Баренбойм, В.В. Комарова. Составитель П.Д. Баренбойм. – М.: ЛУМ, 2018. – 440 с. Таполова К.Р. Экономическая безопасность России в условиях глобализации: конституционно-правовой аспект // Конституционное и муниципальное право. – 2019. – № 6. – С. 34–38 и др.

⁴ «Конституционно-экономическая наука» – термин, используемый, например, П.Д. Баренбоймом. Воспользуемся этим термином здесь, чтобы уйти от дискуссии о соотношении «конституционной экономики / политэкономии», «экономической конституции / конституционализма» и т.д.

1. Термин «экономический суверенитет», как и «экономическая конституция», признается не всеми российскими конституционалистами. Например, говорится об «опасных попытках “приписать” суверенитет каким-либо иным, кроме государства, субъектам, открывающих простор для конкуренции разнородных “суверенитетов”» (среди них называется и «экономический суверенитет»)¹. Но экономический суверенитет не противопоставляется классической триаде «государственный-народный-национальный» суверенитеты; как заметил В.Е. Чиркин, «экономический суверенитет – лишь одна из сторон более общего понятия государственного суверенитета»², а выделяется по другому критерию – не субъекта, а объекта, например, как суверенное право государств «свободно распоряжаться своим имуществом и ресурсами, осуществлять экономическую деятельность и являться равноправными участниками международных экономических отношений»³ (автор данной статьи предлагал иное определение данного термина⁴, но более подробное обсуждение данного вопроса выходит за рамки настоящей публикации). Кроме того, термин начинает употребляться не только экономистами и политологами, но и юристами⁵, а также в нормативно-правовых актах⁶, Конституционным Судом РФ⁷.

¹ Пастухова Н.Б. Государственный суверенитет: история и современность. – М.: Аспект Пресс, 2013. – С. 362–363.

² Чиркин В.Е. Интеграционные межгосударственные процессы, конституции и государственный суверенитет // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2019. – № 3. – С. 5–19.

³ Омелехина Н.В. К вопросу о фискальном суверенитете // Вестник НГУ. Юридическая наука и практика. – 2014. – Т. 10, № 1. – С. 19.

⁴ Болдырев О.Ю. Указ. соч. – С. 21–70.

⁵ Блищенко И.П., Дориа Ж. Понятие экономического суверенитета государства // Правоведение. – 2000. – № 1. – С. 200–217; Фархутдинов И.З. Суверенитет государства и международное право: вызовы глобализации // Новые вызовы и международное право / отв. ред. А.Г. Лисицын-Светланов. – М., 2010. – 228 с.

⁶ Пункт 2 ст. 6 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»; Указ Президента Российской Федерации от 13 мая 2017 г. № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» // СЗ РФ. – 2017. – № 20. – Ст. 2902 и др.

⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы» // ВКС РФ. – 2004. – № 4.

2. В отличие от политологов-международников, дискутирующих, является ли суверенитет ценностью или «пережитком Вестфальской эры», для конституционалистов однозначно: как минимум, для государств, закрепляющих в своих конституциях суверенитет как принцип или свою характеристику, это – ценность. А Конституционный Суд РФ признал конституционно значимой ценностью и непосредственно «экономический суверенитет»¹.

Однако сегодня всё больше расходятся сферы ведения государств и полномочия их органов, закрепленные в конституциях и реально ими контролируемые в условиях ограничений, наложенных международными обязательствами. Философы и политологи отмечают утрату традиционных монополий государства: «на валюту («двоевластие» рубля и доллара в национальном экономическом пространстве), на юрисдикцию (вмешательство международных судебных инстанций), на формирование духовных ориентиров и культурной идентичности» и др.², экономисты – негативное влияние глобализации на макроэкономическую политику государств, «их способность собирать налоги, финансировать “государство благосостояния”, контролировать инфляцию и валютный курс»³. Юристам же важно вычленять конституционно-правовые аспекты: так, снижение способности собирать налоги и финансировать государство благосостояния означает угрозу не только конституционному принципу государственного суверенитета, но и конституционному принципу социального государства, а утрата «традиционных монополий» означает сужение сферы ведения и полномочий государства. Правоведы отмечают: «Компетенция наднационального союза расширяется до вопросов, традиционно входящих в компетенцию правительства, а решения органов международного института распространяются на физических и юридических лиц, действующих на территории государств-членов»⁴.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы» // ВКС РФ. – 2004. – № 4.

² Панарин А.С. Стратегическая нестабильность в XXI веке/Православная цивилизация / сост., предисл. В.Н. Растворгусев / отв. ред. О.А. Платонов. – М.: Институт русской цивилизации, 2014. – С. 869.

³ Богомолов О.Т. Мировая экономика в век глобализации. – М.: Экономика, 2007. – С. 37.

⁴ Нешатаева Т.Н. Интеграция и наднационализм // Вестник Пермского университета. Сер. «Юридические науки». – 2014. – Вып. 2 (24). – С. 245.

Некоторые авторы прямо формулируют, что государства – члены наднациональных организаций теряют свой суверенитет (например, Н. Маккорник отмечал, что государства – члены ЕС нельзя считать сохранившими суверенитет¹). Другие авторы считают, что принятие любых международных обязательств – «это реализация, а не ограничение суверенитета», и на наднациональный уровень передаются лишь «полномочия», «функции», «часть компетенции», даже «суверенные права / полномочия», но не сам суверенитет. Третья группа исследователей говорит о том, что суверенитет как бы «делится» между государством и наднациональным образованием, осуществляется ими совместно, происходит вертикальное распределение суверенных полномочий². В любом случае требуется анализ: в каких сферах, закрепленных в конституции за государством, происходит фактическое ограничение всей полноты суверенитета и суверенного регулирования (даже если формально государство не передало соответствующее полномочие на наднациональный уровень, но международными обязательствами ограничило себя в его осуществлении: яркий пример – обязательства в рамках ВТО, когда ряд полномочий, включая таможенное регулирование, государство полностью не утратило, но существенно в нем ограничено, утратило «полноту» суверенитета в этой сфере).

Экономический суверенитет выступает основой обеспечения и других конституционных ценностей, в частности, экономической безопасности и социального государства, поскольку не менее важным вопросом, чем вопрос о конкретных инструментах социально-экономической политики и инструментах обеспечения экономической безопасности государства, является вопрос о том, сохраняется ли в руках государства сам спектр данных инструментов и суверенная возможность его использования. Кроме того, внешний государственный долг – в условиях распространенной практики предоставления кредитов под обязательства сокращения социальных расходов – препятствует полноценной реализации принципа социального государства (ст. 7 Конституции РФ) и угрожает национальной безопасности («безопасности государства» в терминологии ст. 55 Конституции РФ), элементом которой является экономическая безопасность.

¹ McCormick N. Beyond the Sovereign State // Modern Law Review. – 1993. – N 56. – P. 1–19.

² De Witte B. Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition // Maastricht Journal of European and Comparative Law. – 1995. – N 2. – P. 151.

3. Подробный анализ угроз и вызовов экономическому суверенитету и конституционно-правовых механизмов его обеспечения дан автором в других публикациях¹, здесь – лишь отдельные примеры.

3.1. Глобальные и идеологические вызовы.

Эта группа вызовов представляет в большей степени политологический и политico-экономический, чем юридический интерес, поэтому здесь она лишь кратко упоминается. К глобальным вызовам можно отнести тенденции концентрации и монополизации капитала, которые сегодня приобрели общемировой характер. Не только экономисты и политологи, но и юристы отмечают, что оборот некоторых ТНК сопоставим с бюджетами средних по размеру стран², и при недостаточном государственном регулировании их деятельность может нанести непоправимый вред национальной безопасности и экономическому суверенитету³, «массированный приток иностранного капитала объективно в той или иной мере как бы “подтасывает” экономический суверенитет государства»⁴. Конституционно-правовая составляющая проблемы – в том, что транснациональный капитал концентрирует в своих руках финансирование СМИ, политических партий, избирательных кампаний. Это переводит проблему из плоскости экономической в конституционно-правовую: если капитализм сам по себе не является объектом конституционно-правового анализа, то становящаяся следствием его сегодняшней формы «капиталократия» должна стать его объектом. С глобальными вызовами суверенитету тесно связаны идеологические – в виде распространения концепций, рассматривающих суверенитет как анахронизм.

Механизмы защиты суверенитета от указанных вызовов закрепляются большинством государств как в отраслевом законодательстве (ограничение допуска иностранных инвестиций в стратегические отрасли; антиоффшорное регулирование и т.д.), так и в конституционном законодательстве (ограничение возможности финансирования политических партий и избирательных кампаний

¹ Болдырев О.Ю. Указ соч.

² Лабин Д.К. Международно-правовое обеспечение мирового экономического порядка: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 25.

³ Фархутдинов И.З. Суверенитет государства и международное право: вызовы глобализации // Новые вызовы и международное право / отв. ред. А.Г. Лисицын-Светланов. – М., 2010. – С. 56.

⁴ Там же. – С. 54.

иностранными лицами, либо юридическими лицами с определенной долей иностранного участия и т.д.).

3.2. Международно-правовые и интеграционные вызовы.

Одна из главных угроз экономическому суверенитету – возможность власти, несмотря на демократическую сменяемость, принимать долгосрочные международные обязательства (не только международные договоры, но и разного рода соглашения о заимствованиях, «о разделе продукции», иные инвестиционные и концессионные соглашения), связывающие руки последующим властям (и, соответственно, избравшему их народу), которые, несмотря на мандат народного доверия, не смогут реализовывать иной экономический курс. То есть возможно ограничение не только государственного, но и народного суверенитета, что выхолащивает саму сущность демократического принципа сменяемости власти – последующая власть и сам народ (суверен) оказываются заложниками обязательств, принятых предыдущей властью (хотя известен сформулированный еще в ст. 28 Конституции Франции 1793 г. принцип, что «ни одно поколение не может подчинить своим законам поколения будущие», который сегодня уместно переформулировать в «ни одно поколение не может, приняв международные обязательства, подчинить им поколения будущие»).

Угрозы суверенитету в целом и в особенности его экономической составляющей несут интеграционные процессы. Так, в ЕС происходило четырехэтапное ограничение суверенитета (не в юридическом, но в политico-экономическом понимании): сначала более слабым странам отвели периферийное положение в региональной системе разделения труда, что привело к их дальнейшему промышленно-технологическому отставанию и усилило зависимость, в том числе от импорта высокотехнологичной продукции (иначе говоря, внутри ЕС складывались «центр-периферийные» отношения¹). Даже если исходить из того, что разделение труда среди государств – членов ЕС было целесообразно для повышения конкурентоспособности европейской продукции на мировых рынках (близкие аргументы использовались не только политологами и экономистами, но и, например, в решении Конституционного суда Чешской Республики от 26 ноября 2008 г., где говорится, что «характер интеграции, в том числе и применительно к Европейскому

¹ Малахова Т.С. Трансформация внешнеэкономических связей мирового авангарда и мировой периферии: позиции России: монография. Краснодар: Кубанский государственный университет, 2016. – 210 с.

союзу, может в итоге привести к защите и усилению суверенитета государств-членов с точки зрения внешних, особенно геополитических и экономических факторов»¹), требуется признать, что оно ослабило ряд его членов. Затем их суверенитет вновь ограничивался – в условиях кризиса их «спасали» (кредитовали) на условиях проведения определенного социально-экономического курса. Бремя спасения партнеров по ЕС превратилось в угрозу экономическому суверенитету государств-доноров – так, что это стало предметом конституционного контроля: яркий пример – решение Федерального конституционного суда ФРГ от 12.09.2012 г. по вопросу о правомерности участия Германии в Европейском механизме стабильности (ESM).

Передача государствами части суверенных полномочий на наднациональный уровень иллюстрирует тенденцию так называемого «многоуровневого конституционализма». Однако «осуществление публично-властных полномочий наднациональными институтами далеко не всегда бывает обременено необходимыми правовыми ограничениями, присущими внутригосударственным системам разделения властей и демократического представительства»², – не случайно органы конституционного контроля ряда государств – членов ЕС рассматривали вопрос о соответствии положений Лиссабонского договора закрепленным в национальных конституциях принципам суверенного, демократического, конституционного государства. Сопротивление отдельных государств привело к приостановке в последние годы тенденции передачи полномочий на наднациональный уровень³.

Угрозы суверенитету создает и взаимодействие государств с такими организациями, как Всемирный банк, МВФ и ВТО. Последняя рассматривается не только экономистами и политологами, но и рядом юристов в качестве института, направленного на десуверенизацию государств, «вскрытие» их рынков для ТНК⁴.

¹ Judgment by the Czech Constitutional Court on the Treaty of Lisbon (26 November 2008). – URL: https://www.cvce.eu/en/obj/judgment_by_the_czech_constitutional_court_on_the_treaty_of_lisbon_26_november_2008-en-38994b57-d591-424a-953b-ff03e4c5c1b1.html (дата обращения: 12.03.2020).

² Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. – М.: ИГП РАН, 2017. – С. 164–165.

³ Уитц Р. Указ. соч., Шайо А. Указ. соч.

⁴ Грачев Н.И. Экономическая стратегия, членство в ВТО и государственный суверенитет России // Вестник Волгоградского государственного универси-

Обратим внимание на конституционно-правовые аспекты проблемы.

Во-первых, конституции ряда государств устанавливают усложненные процедуры принятия подобных обязательств. Так, Конституция Польши 1997 г. устанавливает необходимость выраженного в законе предварительного согласия на ратификацию договора, предусматривающего членство в международной организации или значительное обременение в финансовом отношении (ст. 89), причем закон, выражающий согласие на ратификацию международного договора, по которому Польша передает на наднациональный уровень компетенцию органов государственной власти, принимается квалифицированным числом членов обеих палат (ст. 90). Аналогично ряд конституций (Норвегии, Хорватии и др.) требуют квалифицированное большинство голосов депутатов для принятия решений о передаче суверенных полномочий международным объединениям. Конституция Швейцарии предусматривает факультативный референдум для вступления в международную организацию и обязательный – для вступления в «наднациональное сообщество» (ст. 140–141).

Во-вторых, интересна практика обращения к институту референдума при принятии международных обязательств. Так, в 1992 г. Конституционный совет Франции констатировал невозможность ратификации Мaaстрихтского договора без внесения изменений в Конституцию, после чего вопрос выносился на референдум. Аналогично потребовалось изменить Конституцию и проводить референдум в Ирландии. Референдумы о вступлении в ЕС проходили в Австрии в 1994 г., в государствах Центральной и Восточной Европы и в прибалтийских республиках, а также на Кипре и Мальте, вступивших в ЕС в 2004 г. Конституция Дании предусматривала альтернативу: передача государственных полномочий на наднациональный уровень должна была осуществляться квалифицированным большинством голосов в парламенте, либо на референдуме. Дания вступила в ЕС по результатам повторного референдума (при этом входящие в состав Дании Фарерские острова по результатам референдума не вошли в ЕС). Норвегия же по результатам референдумов 1972 и 1994 гг. от вступления, соответственно, в ЕЭС и в ЕС отказалась.

тета. Серия 5: Юриспруденция. – 2014. – № 4. – С. 55–62; Зенкин И.В. Право Всемирной торговой организации. – М.: Международные отношения, 2014. – С. 11.

На референдум выносились и вопросы принятия дополнительных обязательств в рамках ЕС, например, Дания и Швеция на референдумах приняли решения о сохранении национальной денежной единицы. В Эстонии при рассмотрении Государственным судом вопроса о конституционности Европейского стабилизационного механизма (ESM) несколько судей сформулировали Особое мнение, где указывали на необходимость проведения референдума; в Ирландии вопрос о принятии обязательств по Бюджетному пакту ЕС в 2012 г. решался на референдуме. В Дании в 2014 г. прошел референдум о присоединении к Единому патентному суду ЕС.

В-третьих, конституционные акты и органы конституционного контроля разных государств оперируют различной терминологией применительно к сходным явлениям: передача «государственных полномочий», «сouverенных полномочий», «сouverенных прав». Представляется, что иногда смысл такой терминологии состоит в том, чтобы успокоить: передается не часть суверенитета, а «всего лишь» полномочия (например, по ст. 79 Конституции РФ).

В-четвертых, вопрос о конституционности присоединения к различным международным и наднациональным объединениям и о принятии международных обязательств, влекущих экономическое обременение государства, встает в практике органов конституционного контроля: соглашение между Канадой и ЕС (СЕТА) рассматривалось в Федеральном конституционном суде ФРГ и в Конституционном совете Франции¹, а в России вопрос о присоединении к ВТО дважды ставился перед Конституционным Судом РФ; выше уже упоминались решения Конституционного суда Чешской Республики по Лиссабонскому договору, Федерального конституционного суда ФРГ по ESM².

3.3. Угрозы в сфере государственного долга.

Внешний долг относят к механизмам иностранного контроля над экономикой³. Так, предоставление помощи МВФ ряду государств «обусловливалось принятием последними далеко не самой рациональной, а порой и просто губительной политики»⁴. Предоставление России кредитов МВФ и Всемирного банка в 1990-е годы

¹ Schill S. The Constitutional Frontiers of International Economic Law. URL: <http://www.ejiltalk.org/the-constitutional-frontiers-of-international-economic-law/> (дата обращения: 12.07.2019).

² Подробнее см.: Болдырев О.А. Указ. соч.

³ Ждановская А.А. Внешний долг как форма экономической зависимости // Вестник Института экономики РАН. – 2018. – № 2. – С. 173–187.

⁴ Богомолов О.Т. Указ. соч. – С. 37–38.

обуславливалось ограничениями в использовании протекционистских инструментов¹; осуществлялось под условия предоставления кредиторам «информации о финансово-хозяйственном состоянии многих объектов (в том числе, стратегических) российской промышленности...»², «обязательных к исполнению рекомендаций по приватизации конкретных объединений»³ и т.д. В Постановлении Государственной Думы от 19.06.1998 № 2644-ПГД прямо говорилось, что размер государственного внешнего долга РФ стал представлять прямую угрозу экономическому суверенитету государства. В 2000-е годы проблема трансформировалась из категории внешнего госдолга в задолженность перед иностранными кредиторами российских корпораций и регионов⁴.

Некоторые конституции устанавливают лимит госдолга в процентах от ВВП: п. 5 ст. 216 Конституции Польши; п. 2 ст. 37 Конституции Венгрии 2012 г. и др.

3.4. Особую группу угроз экономическому суверенитету составляет выведение государственных полномочий в финансово-экономической сфере из системы разделения властей и передача их иным субъектам.

Пример – выведение центральных банков из системы разделения властей или вообще из системы государственных органов.

¹ Основные проблемы эффективного использования средств займов Международного банка реконструкции и развития (Аналитическая записка по материалам проверок Счетной палаты Российской Федерации) // Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. – 1999. – № 3. – С. 68.

² Отчет Счетной палаты РФ «О результатах проверки Российского центра приватизации в части законности и эффективности использования займов, предоставленных международными финансовыми организациями на содействие осуществлению приватизации и поддержку предприятий» // Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. – 2000. – № 2 (26). – С. 37.

³ Отчет Счетной палаты РФ о результатах проверки целесообразности и эффективности расходования средств федерального бюджета и внешних заимствований на реструктуризацию угольной отрасли России в 1998–1999 годах // Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. – 2000. – № 4 (28). – С. 147.

⁴ Заключение Счетной палаты Российской Федерации по Отчету Правительства Российской Федерации о реализации плана первоочередных мероприятий по обеспечению устойчивого развития экономики и социальной стабильности в 2015 г. и информации Центрального банка Российской Федерации по вопросам, предусмотренным статьей 3 Федерального закона от 20 апреля 2015 г. № 87-ФЗ, включая результаты проверки и анализа хода реализации плана первоочередных мероприятий по обеспечению устойчивого развития экономики и социальной стабильности в 2015 г. – URL: http://audit.gov.ru/activities/control/anti-crisis-measures.php?clear_cache=Y (дата обращения: 12.02.2018).

Одни авторы эту тенденцию поддерживают, обосновывая доктринальной «независимости центральных банков»¹, другие считают, что под прикрытием идеи «независимости» центральные банки, управляющие масштабными ресурсами (в том числе золотовалютными резервами) и наделенные значительными полномочиями суверенного государства в финансово-экономической сфере, выводятся из-под демократического контроля, а сама идея пролоббирована финансовыми структурами².

Статус Банка России вызывал вопросы начиная с 1990-х годов. В 2013 г. Федеральным законом от 23.07.2013 № 251-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с передачей Центральному банку Российской Федерации полномочий по регулированию, контролю и надзору в сфере финансовых рынков» ему были переданы полномочия ФСФР, что с конституционно-правовой точки зрения можно квалифицировать как выведение значительных полномочий государства в финансово-экономической сфере из системы разделения властей и их передачу субъекту с неоднозначным конституционно-правовым статусом. Свежий пример – принятие Федерального закона от 18.03.2020 № 50-ФЗ «О приобретении Правительством РФ у Центрального банка РФ обыкновенных акций ПАО «Сбербанк России» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации». Кому «целесообразнее» управлять находящимся в федеральной собственности контролльным пакетом акций, вопрос экономический. Но с конституционно-правовой точки зрения, по пп. «г» ч. 1 ст. 114 Конституции РФ, управление федеральной собственностью – полномочие Правительства РФ. Цена продаваемых акций ПАО «Сбербанк России» (этот вопрос урегулирован п. 2 ст. 1 указанного Закона) – вопрос экономический. Но сама уместность «выкупа» Правительством РФ у Центрального банка РФ федеральной собственности – вопрос конституционно-правовой.

¹ Конституционная экономика / Баренбойм П., Гаджиев Г., Лафитский В., May B. – М.: ЮСТИЦИНФОРМ, 2006. – С. 14, 269.

² Андреева Г.Н. Размышления об особенностях становления российской теории конституционного регулирования экономических отношений // Конституционное и муниципальное право. – 2015. – № 9. – С. 3–11; Ликбез в защиту рубля и национальной финансовой политики. Беседа академика РАН С. Глазьева и главного редактора газеты «Промышленные ведомости» М. Гельмана. – URL: <https://www.promved.ru/articles/article.phtml?id=2818&nomer=94> (дата обращения: 20.07.2020).

Большую угрозу представляет и передача суверенных полномочий государства в экономической сфере коммерческому юридическому лицу. Пример – передача дважды Правительством РФ своих полномочий по управлению федеральной собственностью (контрольным пакетом акций РАО «Газпром») в доверительное управление самому РАО «Газпром» – в нарушение, в частности, п. «г» ч. 1 ст. 114 Конституции РФ, ст. 1014 и 1026 ГК РФ¹.

Если эти действия можно рассматривать как отдельные нарушения Конституции РФ, то попытки их легализации – серьезная угроза. Пример – принятый в первом чтении в 2013 г. законопроект², передающий ряд суверенных полномочий Российской Федерации в финансовой сфере, в том числе по управлению средствами так называемых суверенных фондов РФ, управлению госдолгом РФ и даже учету госдолга (п. 2 ст. 1), а также право выступать от имени Российской Федерации при заключении договоров доверительного управления средствами Фонда национального благосостояния (пп. «б» п. 1 ст. 1) коммерческому юридическому лицу в форме ОАО.

К проблеме делегирования государственных полномочий иным субъектам примыкает тенденция «приватизации государственных функций», трансформируемых в «государственные услуги» – параллельно с нормативно оформляемой (в том числе через инструменты ВТО) либерализацией рынка услуг в части доступа на него зарубежных поставщиков. Так, хотя согласно подп. «б» п. 3 ст. 1 ГАТС, в услуги, подпадающие под регулирование ГАТС, не включаются «услуги, поставляемые при осуществлении функций правительственной власти», тем не менее определение подобной «услуги», данное в пп. «с» п. 3 той же статьи, как услуги, «которая поставляется на некоммерческой основе и не на условиях конкуренции с одним или несколькими поставщиками услуг» фактически лишает государство, допустившее частных поставщиков к ока-

¹ Заключение Счетной палаты РФ по результатам анализа Договора доверительного управления 35 процентами акций Российского акционерного общества «Газпром», заключенного Правительством Российской Федерации с Российским акционерным обществом «Газпром» 20 декабря 1997 г. // Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. – 1998. – № 6.

² Проект федерального закона 30 января 2013 г. № 137443–6 «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и установлении требований к работникам специализированной финансовой организации, учреждаемой Правительством Российской Федерации». – URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=98101> (дата обращения: 03.02.2019).

занию соответствующего рода услуг (например, медицинских или образовательных), возможности в дальнейшем ссылаться на то, что данная услуга является «поставляемой при осуществлении функций правительственной власти» и не подпадает под сферу действия ГАТС.

4. Решает ли Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» указанные проблемы?

В части обеспечения принципа суверенитета поправки вводят для ряда должностных лиц ценз оседлости и требования не только российского гражданства, но и отсутствия вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание на территории иностранного государства. Но эти ограничения и так уже закреплены законодательно.

Дополнение же ст. 79 нормой, в соответствии с которой решения «межгосударственных органов», принятые на основании положений международных договоров РФ в истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению, – лишь воспроизводит позицию, сформулированную Конституционным Судом РФ в Постановлении от 14.07.2015 г. № 21-П.

Поправки наделяют Конституционный Суд РФ полномочием разрешать вопрос «о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации». Но и это – лишь легитимация на уровне Конституции полномочия, которым Конституционный Суд РФ уже наделен изменениями в ФКЗ о Конституционном Суде, принятыми в 2015 г.

Представляется, что ст. 79 Конституции РФ требует корректировки, но в другой части. Так, в отличие от ряда зарубежных конституций Конституция РФ не разграничивает разные виды международных и наднациональных образований. Остается неясным соотношение конституционной категории «межгосударственные объединения» (ст. 79 Конституции РФ) с категориями «международная организация» (из ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» и Постановления Конституционного Суда РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П вытекают разные ответы на этот вопрос), «наднациональное объединение» и т.п. Между тем в литературе отмечено, что если по поводу роли и места межправительственных организаций в международном праве теоретических разнотечений

практически не прослеживается, то с «международными организациями наднационального типа» ситуация иная. Государства, создающие такую организацию, «передают международному органу свои *суверенные функции* (выделено мной. – *O. B.*), затрагивающие само ядро властных полномочий по управлению территорией, населением и взаимоотношениями с другими акторами международной жизни»¹. Для сравнения: Конституция Швейцарии разграничивает понятия «наднациональное сообщество» и «международная организация», устанавливая различные требования для вступления в них (п. «б» ч. 1 ст. 140, пп. 2 п. «д» ч. 1 ст. 141), а Конституция Чехии устанавливает различные процедуры для вступления в международную организацию и для передачи суверенных полномочий международной организации или учреждению (ст. 49 Конституции с изменениями 2001 г., совокупность ст. 10, 10 а, п. 4 ст. 39 с учетом внесенных изменений).

Не устанавливает ст. 79 Конституции РФ и усложненных процедур принятия решений о передаче части полномочий межгосударственным объединениям.

Не отражены и интеграционные процессы на постсоветском пространстве, в том числе в рамках Евразийского экономического союза, природа которого является дискуссионной² (европейский опыт показывает возможность закрепления положений о конкретном наднациональном объединении в конституциях).

Закон о поправке к Конституции РФ не решил и проблему применения Россией (и в отношении России) нератифицированных международных договоров – вопрос, актуализированный решением Апелляционного суда Гааги, отменившего в 2020 г. решение Окружного суда Гааги и вновь обязавшего Россию выплатить 50 млрд долл. «бывшим акционерам ЮКОСа» в соответствии с решением гаагского арбитража, юрисдикция которого определялась нератифицированным Россией Договором к Энергетической хартии.

Не установил Закон о поправке к Конституции РФ и «специфических» механизмов обеспечения именно экономической составляющей суверенитета: ни лимитов внешних заимствований (что есть в конституциях Польши и Венгрии), ни прямой нормы о подконтрольности Центрального банка Парламенту (что сделала в

¹ Нешатаева Т.Н. Указ. Соч. – С. 244.

² Соколова Н.А. Евразийский экономический союз: правовая природа и природа права // Lex Russica. – 2017. – № 11. – С. 47–57.

2012 г. Венгрия в новой Конституции), ни ограничения возможности приватизации стратегических ресурсов (что закреплено, например, в конституциях латиноамериканских государств).

Таким образом, Конституция РФ, как в прежнем виде, так и с учетом Закона о поправке 2020 г., не использует апробированные в зарубежном опыте инструменты обеспечения экономического суверенитета.

Между тем изменяющийся мир требует защитить экономический суверенитет от новых угроз: от уже апробированных в мировой практике инструментов доступа ТНК к национальным природным ресурсам (вне зависимости от нормативно закрепленной формы собственности на них) через инструменты «соглашений о разделе продукции» и т.п., от десуверенизации государств через хранение их резервов в финансовых инструментах иных государств; от вызовов в информационной сфере и т.д. Решение этих проблем требует участия специалистов в области конституционно-экономической науки: как научное, так и при дальнейшей трансформации Конституции России или будущей Конституции Союзного государства России и Белоруссии.

С.И. Коданева

**ЕВРОПЕЙСКИЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ
И ЗАЩИТА НАЦИОНАЛЬНОГО СУВЕРЕНИТЕТА:
ПОЛИТИКА ИЛИ ПРАВО?**

(Рецензия на статью Ю. Брёмера «Экономический конституционализм в ЕС и Германии – Конституционный суд Германии, Европейский суд правосудия и Европейский центральный банк между правом и политикой»¹).
(Рецензия)

Аннотация. Ю. Брёмер в своей статье поднимает ряд принципиальных проблем разграничения полномочий между европейскими институтами и национальными органами государств-членов, а также между законодательной и исполнительной властью внутри этих стран в свете решения вопросов, входящих в сферу европейской экономической конституции. Автор дает свой ответ на принципиальный вопрос – каков характер возникающих споров: политический или юридический, и, соответственно, имеют ли право национальные конституционные суды давать собственную оценку решений, принимаемых органами Союза.

Ключевые слова: европейская экономическая конституция; разграничение полномочий; характер споров; роль конституционных судов.

¹ Bröhmer J. Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics // Law and Development Review. – 2019. – Vol. 12, N 3. – P. 761–795.

European Constitutionalism and the Defence of the National Sovereignty: Politics or Law? (the Review of the Article by J. Bröhmer «Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics»). (Review)

Abstract. J. Bröhmer in his article raises a number of fundamental problems of the division of powers between European institutions and national authorities of member States, as well as between the legislative and executive authorities within these countries in the light of issues within the scope of the European economic Constitution. The author gives his answer to the fundamental question – what is the nature of the disputes that arise: political or legal, and, accordingly, whether the national constitutional courts have the right to give their own assessment of the decisions taken by the Union's bodies.

Keywords: European Economic Constitution; division of powers; nature of disputes; role of constitutional courts.

Статья профессора кафедры международного публичного права, права Европейского союза и сравнительного конституционного права и декана юридического факультета Университета Мердока в Западной Австралии (Murdoch University) Юргена Брёмера (Jürgen Bröhmer), посвящена проблеме европейского конституционализма (или квази-конституционализма). Однако в своей работе профессор поднимает целый комплекс вопросов, во-первых, касающихся границы между компетенцией ЕС и суверенными правами его государств-членов; во-вторых, связанных с ролью Европейского суда правосудия (European Court of Justice) и национальных конституционных судов в установлении этой границы.

На самом деле, если учесть особенности формирования Союза и договорную основу наделения его полномочиями (которые государства-члены добровольно передали на наднациональный уровень), то, действительно, можно увидеть, что именно Европейский суд правосудия сыграл немаловажную роль в «конституционализации» статуса общеевропейских институтов. Это достаточно легко можно проследить на примере проблемы защиты прав человека.

Органы Союза опираются на доктрину верховенства права ЕС в рамках переданных ему полномочий, однако Договор о функционировании ЕС изначально (до подписания Лиссабонского договора) не содержал базовых конституционных принципов и

прав человека, как это традиционно имеет место в национальных конституциях. В результате возник вопрос: имеет ли право ЕС приоритет над национальным правом в тех случаях, когда Союз не гарантирует адекватной защиты основных прав человека? Ответ на этот вопрос дал Европейский суд правосудия, который на протяжении многих лет формулировал основные права в качестве общих принципов права ЕС в своей судебной практике, используя в качестве источников национальное конституционное право государств-членов и Европейскую конвенцию о правах человека¹. Однако тем самым суд фактически взял на себя политическую функцию и функцию нормотворчества².

Насколько допустимо переводить решение сугубо политических вопросов установления пределов суверенитета Европейского союза в юридическую плоскость принятия судебного решения? Не нарушается ли тем самым суверенитет народа, реализуемый через избрание политических органов, в частности парламента, наделенного правом принятия подобных решений? И в то же время, не нарушается ли тот же самый народный суверенитет в тех случаях, когда институты ЕС, такие как Европейский центральный банк, принимают решения, фактически ограничивающие полномочия национальных парламентов в принятии бюджетных решений?

Поиску ответов на эти вопросы посвящена статья Ю. Брёмера. В качестве основы своего исследования автор анализирует реализацию Европейским центральным банком денежно-кредитной политики и реакцию на принимаемые им решения Федерального конституционного суда ФРГ. Выбор темы исследования не случаен. Ю. Брёмер получил юридическое образование в Университете Мангейма в Германии, а докторскую степень – в Саарском университете в Саарбрюккене (Германия), где работал в Институте Европы при Саарландском университете с 1992 по 2006 г. и продолжает работать в качестве приглашенного преподавателя. Он специализируется в области немецкого и сравнительного конституционного права, права Европейского союза, публичного международного права и международного права прав человека.

¹ Cuyvers A. General Principles of EU Law // East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects / Ugirashebuja E., Ruhangisa J.E., Ottervanger T., Cuyvers A. (Eds.). – Leiden Boston: Brill Nijhoff, 2017. – P. 217–228.

² Schmidt S.K. The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law. – Oxford: Oxford University Press, 2018. – 320 p.

Как известно, в соответствии с Договором о функционировании ЕС, к полномочиям Союза отнесена денежно-кредитная политика, в то время как экономическую политику каждое государство-член определяет самостоятельно. Однако определение того, где заканчиваются полномочия Европейского центрального банка в области денежно-кредитной политики и начинаются полномочия государств-членов в области экономической политики, по-прежнему остается предметом разногласий. Тем более что даже в сфере экономической политики государства-члены также не имеют полной автономии (Договором о функционировании ЕС определено, что с целью выработки общеевропейской экономической политики государства должны координировать свою национальную экономическую политику друг с другом; кроме того, целями создания ЕС являются обеспечение единства внутреннего рынка, т.е. свободное перемещение товаров, людей, услуг и капитала, а также открытая рыночная экономика со свободной конкуренцией).

В результате, принимаемые общеевропейскими институтами решения не всегда ограничиваются рамками чисто денежно-кредитной политики. Особенно ярко эта проблема проявилась при решении проблемы национального суверенного долга Греции, когда была проведена «спасательная операция», обошедшаяся ЕС в 500 млрд евро, из которых доля Германии составила 123 млрд евро.

Эта ситуация выяснила серьезную конституционную проблему не только взаимоотношений квазифедерального союза со своими членами, но и взаимоотношений исполнительной власти с законодательной, поскольку представляют государства – члены в ЕС должностные лица исполнительной власти, которые и подписывают документы, возлагающие на их государства определенные обязательства. Тем самым они ограничивают полномочия своих собственных парламентов в бюджетной сфере, лишая их возможности направить соответствующие средства на иные цели. Поскольку под угрозой оказался экономический суверенитет Германии, то те, кто критикует проводимую Союзом политику, попытались заручиться поддержкой Федерального конституционного суда страны в попытке ограничить полномочия Союзных органов¹.

Представляет несомненный интерес проведенный Ю. Брёмером анализ позиции Федерального конституционного суда Германии в вопросах защиты суверенитета своей страны. В качестве

¹ Grimm D. The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case // European Law Journal. – 2015. – Vol. 21, N 4. – P. 460–473.

правовой основы при вынесении решений суд традиционно опирается на доктрину *ultra vires*, переводя все споры в плоскость наличия или отсутствия у органов ЕС надлежащей компетенции. Такой подход поднимает глубинный вопрос о том, что имеет приоритет – общеевропейское право или национальная (в данном случае германская) конституция.

Многие исследователи, как иностранные, так и российские, отмечают формирование квазиконституционной иерархии права в ЕС¹, при которой государства-члены передают на наднациональный уровень часть своего суверенитета. В результате, Европейский суд правосудия всегда считал, что последнее слово в отношении объема полномочий, предоставленных ЕС в договорах, принадлежит ему, поскольку в соответствии со статьями 263.1 и 263.2 Договора о функционировании ЕС государства-члены прямо наделили суд полномочиями пересматривать законность всех законодательных и иных актов, способных привести к правовым последствиям, в том числе действий «на основании отсутствия компетенции».

Однако конституционные суды ряда государств-членов не разделяют эту позицию, утверждая, что они определяют объем полномочий, переданных их парламентами Союзу при ратификации соответствующих договоров. Поэтому в своих решениях Федеральный Конституционный суд Германии постоянно подчеркивает, что он продолжает рассматривать национальную конституцию как правовую основу всего, что происходит в Германии. Это означает, что именно он, а не Европейский суд, в конечном счете определяет пределы права ЕС, когда речь идет о потенциальных конфликтах с основным законом Германии.

Именно такую позицию Конституционный суд занял в делах, касающихся решений о программах помощи Греции и другим государствам – членам ЕС в проблемах их суверенного долга. Так, Суд подчеркнул, что принятие представителем Германии в ЕС финансовых обязательств, которые и последствия которых не ограничены строгими законодательными требованиями, без ратификации этого решения Бундестагом, может привести к необратимым, возможно, массовым ограничениям компетенции законодательной

¹ Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. – М.: ИГП РАН, 2017. – 224 с.; *Scharpf F.W. After the Crash: A Perspective of Multilevel European Democracy // European Law Journal. – 2015. – Vol. 21, N 3. – P. 384–405.*

власти страны. При этом Ю. Брёмер подчеркивает, что подобное толкование применимо не только к вопросам финансовой помощи другим государствам-членам. Если Бундестаг, в соответствии с Конституцией страны, имеет суверенные права на принятие законодательных решений, в том числе по принятию бюджета, то эти права не могут быть ограничены никакими решениями ЕС, даже если государства-члены приступят к программе более глубокой интеграции, предполагающей большие бюджетные полномочия Союза¹.

В следующих двух спорах Федеральный Конституционный суд дал свою оценку двум программам поддержки экономической стабильности Еврозоны, предложенным Европейским центральным банком. Фактически речь шла об использовании инструментов воздействия на процентные ставки по государственным облигациям. Было заявлено, что эти инструменты призваны способствовать возврату темпов инфляции к 2% в год в среднесрочной перспективе. Аргумент поддержания уровня инфляции важен, поскольку он непосредственно связан с обеспечением ценовой стабильности, что является основной целью Банка. Однако эти же инструменты увеличивают денежную массу Еврозоны, побуждая некоторых наблюдателей говорить о «печатании денег»². Кроме того, с юридической точки зрения эти программы являются довольно сомнительными, поскольку они могут привести к нарушению запрета на денежное финансирование национальных бюджетов, содержащегося в ст. 123 Договора о функционировании ЕС.

Представляет интерес использованный Судом Германии подход к формулированию своего предварительного решения в обоих случаях. Учитывая, что Федеральный конституционный суд Германии не имеет полномочий в сфере толкования как базовых договоров ЕС, так и законодательства ЕС, ему необходимо оценить, не выходят ли принятые решения за рамки переданных полномочий. При выполнении этой задачи суд исходил из двойственной природы договоров ЕС: с одной стороны, они являются международными договорами, право толковать которые принадле-

¹ Bröhmer J. Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics // Law and Development Review. – 2019. – Vol. 12, N 3. – P. 774.

² Mongelli F.P., Camba-Mendez G. The Financial Crisis and Policy Responses in Europe (2007–2018) // Comparative Economic Studies. – 2018. – Vol. 60, N 5. – P. 531–558.

жит исключительно Европейскому суду правосудия, а с другой – они являются национальными законами Германии через процедуру парламентской ратификации.

Федеральному Конституционному суду нужно было учитывать тонкую грань между оценкой принятых решений *ultra vires* (как выходящих за рамки переданных национальным законодательством Германии на европейский уровень полномочий) и попыткой навязать Европейскому суду «правильное» толкование договоров ЕС. Соответственно, Федеральный Конституционный суд сформулировал свою позицию относительно *ultra vires* программ Европейского центрального банка следующим образом: «при условии соответствующего толкования Европейским судом, Федеральный Конституционный суд считает статут Европейского центрального банка несовместимым со ст. 119, ст. 127 и ст. 17 Договора о функционировании ЕС, поскольку он выходит за рамки мандата Европейского центрального банка, который регулируется этими положениями, и посягает на ответственность государств-членов за экономическую политику. Он также, как представляется, несогласен с запретом эмиссионного финансирования бюджета, закрепленного в ст. 123 Договора о функционировании Европейского союза. Однако другая оценка может быть оправдана, если статут Европейского центрального банка может быть истолкован иначе в соответствии с первичным правом ЕС»¹.

Как подчеркивает Ю. Брёмер, Суд выражает уверенность в отношении посягательства на экономическую политику, которая находится в компетенции государств-членов, тем самым решительно демонстрируя, что программа Банка не может рассматриваться как денежно-кредитная политика, ответственность за которую была на него возложена. Затем Суд предполагает, что весьма вероятно, хотя и не определенно, этот инструмент также нарушает запрет на денежное финансирование бюджетов. В то же время он официально признает, что оценка обеих предположений входит в компетенцию Европейского суда по правам человека².

Ю. Брёмер оценивает указанные решения Федерального Конституционного суда Германии как вмешательство в политические вопросы, поскольку речь идет о комплексном вопросе денежно-кредитной и экономической политики и оценке правильности этой политики. По его мнению, недопустимо, чтобы политические

¹ Bröhmer J. Op.cit. – P. 783.

² Ibid. – P. 784.

решения о проводимой экономической политике переводились в чисто юридическую сферу компетенции суда (не избираемого населением)¹.

Представляется, что в данном случае нельзя согласиться с такой позицией, поскольку в компетенцию избираемого населением парламента входит ратификация международных соглашений. Реализация принятых соглашений – это сфера полномочий либо исполнительной власти страны, либо, как в случае с ЕС, – наднациональных органов. Но ни те, ни другие населением не избираются, а парламенты имеют достаточно мало рычагов контроля за их действиями, особенно во втором случае. При этом осуществление публично-властных полномочий наднациональными институтами далеко не всегда бывает обременено необходимыми правовыми ограничениями, присущими внутригосударственным системам разделения властей и демократического представительства². К тому же создание наднациональных и квазифедеративных институтов в любом случае может привести по крайней мере к частичной утрате национального суверенитета, правовой основой и гарантом которого является конституция страны. Поэтому единственным органом, способным и обязанным контролировать то, каким образом реализуются переданные на наднациональный уровень полномочия и не нарушают ли при этом наднациональные (союзные) институты суверенитет государства-члена, является именно конституционный суд соответствующей страны.

Таким образом, поднятые Ю. Брёмером вопросы, хотя и носят дискуссионный характер, представляют серьезный интерес для конституционалистов, учитывая все более ярко выраженную тенденцию к регионализации³ – то есть к объединению государств в различные государственные союзы и объединения, как правило, основанные именно на решении вопросов, связанных с общим рынком, и взаимном влиянии на экономическое развитие региона.

¹ Bröhmer J. Op.cit. – Р. 785–789.

² Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. – М.: ИГП РАН, 2017. – 224 с.

³ Малахова Т.С. Тенденции и противоречия кризиса глобальной экономики // Кондратьевские волны: к 125-летию Н.Д. Кондратьева. – 2018. – С. 286–291.

Раздел 4.

ФОРУМ: ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ ДЛЯ БУДУЩИХ ПОКОЛЕНИЙ

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.08

Н.В. Кравчук¹

«КТО ЭТИ ЛЮДИ И ЧТО ИМ НАДО?» ГАРАНТИИ БЛАГОПОЛУЧИЯ БУДУЩИХ ПОКОЛЕНИЙ – В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНСТИТУЦИИ – ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ. (Статья)

Аннотация. Статья посвящена вопросам обеспечения благополучия будущих поколений, в частности, путем закрепления соответствующих гарантий в экономической конституции. Представляя проблематику будущих поколений российским исследователям, автор систематизирует существующие подходы и точки зрения, восполняет некоторые пробелы в дискуссии, а также ставит ряд вопросов, актуальных для дальнейших исследований. Начиная с анализа понятия «будущие поколения», автор отмечает, что главенствующим является понимание будущих поколений как еще не рожденных людей. Между тем более широкое толкование этого термина позволяет включить в него и тех, кто уже рожден, но будет существовать в будущем – детей. Такой подход дает возможность учесть их мнение относительно изменений, необходимых для обеспечения интересов будущих поколений и таким образом частично компенсировать сложность определения этих интересов.

Самым дискуссионным вопросом в рассматриваемой области является вопрос о том, могут ли будущим поколениям принадлежать права или речь идет только о моральной ответственности перед ними людей, живущих сегодня. В статье отмечается неготовность большинства стран и международного сообщества в целом закрепить такие права, приводятся ключевые аргументы как противников признания будущих поколений субъектами прав, так и сторонников этого подхода. Несмотря на то что все больше ученых разделяют точку зрения о субъектности будущих поколений, академические исследования редко называют какие-либо их права, помимо экологических. Между тем в целях анализа экономической конституции с точки зрения обеспечения прав необходимо

¹ Наталья Вячеславовна Кравчук – старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

составить понимание о том, о каких именно правах может идти речь. В связи с этим автором делается попытка предложить перечень видов этих прав. Помимо экологических (как материальных, так и процессуальных) он включает сюда гражданские, политические и социальные права. Отдельное внимание уделяется праву детей на выражение мнения. Опыт Конвенции ООН по правам ребенка показывает, что участие детей в общественных дискуссиях обогащает их и может быть полезно при выработке мер обеспечения интересов будущих поколений.

Идея будущих поколений тесно связана с понятием устойчивого развития. Государства едины в своем стремлении использовать принятые на глобальном уровне Цели устойчивого развития в качестве ориентира при разработке национальных стратегий, планов и программ, в том числе в области экономического развития. Поскольку практически каждое решение власти и бизнеса оказывает влияние на будущие поколения и имеет экономическую составляющую, положения экономической конституции страны приобретают принципиальную важность для регулирования этих разнообразных, но объединенных темой благополучия будущих поколений, вопросов. Широкое понимание экономической конституции позволяет включить в это понятие правовые нормы, обеспечивающие деятельность и управление в экономической сфере, принадлежащие к разным уровням правового регулирования. Это делает необходимым анализ и других, помимо конституции, нормативно-правовых актов на предмет соответствия целям устойчивого развития. Остается вопросом, какие гарантии благополучия будущих поколений должны быть предусмотрены экономической конституцией и какую форму они должны принять. Актуальность приведения положений российского законодательства в соответствие с международными стандартами и опытом подтверждается тем, что даже поверхностный анализ показывает, что российское понимание устойчивого развития отличается от общепринятого толкования этого термина. Между тем прогресс в области обеспечения благополучия будущих поколений может быть достигнут только общими усилиями всех стран. Конструирование положений экономической конституции без учета их интересов и достигнутого на международном уровне консенсуса по этому вопросу, будет препятствовать выполнению Россией ее международных обязательств и негативно скажется на развитии российской науки конституционного права.

Ключевые слова: будущие поколения; ответственность; права; теория справедливости в отношениях между поколениями; равенство между поколениями; экономическая конституция; устойчивое развитие.

N.V. Kravchuk
«Who Are These People and What Do They Need?»
Guarantees of the Well-being of Future Generations
in Economic Constitution – Introduction of the Problem. (Article)

Abstract. The article is focused on the issue of securing the wellbeing of future generations, in particular, by providing for the certain guarantees in economic constitution. To introduce this topic to Russian academia, author seeks to systemize a relevant doctrine, to address gaps in discussion and to outline a number of issues in need of

further research. The author starts with the notion of «future generation». It is mostly understood as including only people who are «yet to come». Its wider reading allows including those people who exist already but are going to continue in the future, namely – children. Such an approach gives us a possibility to consider children's opinion with regard to changes, necessary to secure the needs of the future generations.

The point of the biggest debate is whether future generations can hold rights or they can only be the object of the moral responsibility of the current generation for them. National states, as well as international community, are not prepared to grant rights to future generations. Academic arguments against the possibility and meaningfulness of granting rights are confronted with arguments in favour of considering them a subject of rights. Though the number of proponents of the latter approach is on the increase, academic literature contains almost no mention of any rights future generations possess apart from ecological rights. Meanwhile the analysis of the economic constitution from the perspective of securing the rights of the future generations is not possible in the absence of a particular rights in mind. With this in view the author suggests certain types of rights including ecological (both material and procedural), civil, political and social should be considered as belonging to future generations. A particular emphasis is made on the right of children to freedom of expression. The UN Convention on the rights of the child experience have revealed that child participation in public discussions makes them more productive and can be beneficial for identifying measures to secure rights and interests of future generations.

The very idea of future generations is intrinsically linked to that of sustainable development. The states are determined to use Sustainable development goals, developed on the global level, as a guide for national strategies, plans and programs in various fields, including economic development. Virtually every decision of government and business affects future generations and has economic dimension, therefore provisions of the economic constitution are of a paramount importance for regulating various issues united by the aim of the securing future generations' wellbeing. A wider interpretation of the economic constitution includes norms on the activities and management in economic sphere provided for on different levels of legal regulation. It makes it necessary to analyze if norms provided for in sources other than Constitution itself correspond to sustainable development goals. Which guarantees should be included there and how they should be formulated remains an open question that needs further discussion. Significance of bringing Russian legislation in conformity with international standards and best practices is proved by the fact that even a brief look into the topic demonstrates Russian understanding of sustainable development differs from its conventional reading. In the same time the progress in securing the wellbeing of future generation can be achieved only by joint efforts of all nations. Constructing economic constitution provisions without taking into the consideration rights and needs of future generations and international consensus in this regard will hinder realization of Russia's international obligations and negatively influence the development of Russian constitutional law.

Keywords: future generations; responsibility; rights; the theory of intergenerational justice; intergenerational equality; the economic constitution; sustainable development.

Введение

Ученые разных областей права все чаще обращают внимание на благополучие будущих поколений и ответственность перед ними тех, кто живет сейчас. Академический интерес к этой теме отражает озабоченность обычных людей ухудшением экологии и отсутствием экономической стабильности во всем мире. Пандемия COVID-19 с невиданной ранее наглядностью показала, насколько взаимосвязаны экономическая деятельность людей и ухудшение состояния окружающей среды – всего через несколько месяцев локдауна очистилось небо над Китаем, в каналах Венеции появились дельфины, по улицам городов США стали прогуливаться дикие животные. Радость от возможности дышать свежим воздухом омрачается снижением покупательской способности. Экономический ущерб от остановки производств в настоящее время еще невозможно оценить, но уже очевидно, что миллионы людей в мире лишатся работы и средств к существованию. Очевидная теперь необходимость уравновесить потребительские интересы и соображения экологической безопасности влияет и на международную политическую повестку дня, в которой защита будущих поколений стала одной из основных идей.

Хотя период активной разработки международных норм в этой области начался сравнительно недавно, в конце XX в., само понимание необходимости защиты будущих поколений появилось после Второй мировой войны в контексте преступлений против человечности и глобального достояния человечества¹. Международную конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации² также можно рассматривать как защищающую не только настоящее, но и будущие поколения – преследование одной расовой группы рассматривается в ней как более тяжкое преступление, нежели уничтожение ³ того же количества людей, принадлежащих к разным группам .

¹ *Gaillard É.* The rights of future generations, a new legal humanism. – URL: <https://ideas4development.org/en/rights-future-generations-legal-humanism/> (accessed: 07.06.20).

²Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Принята Резолюцией 2106 (XX) Генеральной Ассамблеи ООН от 21 декабря 1965 г.

³ *Weiss E.B.* Our rights and obligations to future generations for the environment // The American journal of international law. – Cambridge, 1990. – Vol. 84, N 1. – P. 203.

В экологическом контексте обеспокоенность интересами будущих поколений прозвучала при принятии Декларация Конференции ООН по проблемам окружающей человека среды¹. Затем, в Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию², они были связаны с устойчивым развитием, позволяющим удовлетворять потребности текущего поколения без нанесения ущерба возможности будущих поколений удовлетворять их нужды³. В те же годы сформировались теории равенства поколений и справедливости в отношениях между поколениями, а также принцип ответственности нынешнего поколения перед будущими⁴. Теория равенства между поколениями включает в себя два типа взаимосвязей – связь с людьми будущего, и связь с окружающей средой, частью которого является человек⁵. Справедливость в отношениях между поколениями подразумевает под собой защиту прав и интересов будущих поколений⁶ и сама по себе может рассматриваться в качестве одного из прав будущих поколений, в то время как устойчивое развитие является средством ее достижения⁷. Помимо устойчивого развития, принципы которого должны найти свое отражение, в том числе, в экономических конституциях стран в качестве средства достижения справедливости в отношениях между поколениями, предлагается введение на международном уровне мер уголовного преследования за действия, наносящие

¹ Декларация Конференции ООН по проблемам окружающей человека среды. 16 июня 1972 года. – URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declarathenv.shtml (accessed: 16.06.20).

² Rio Declaration on Environment and Development UN Doc. A/CONF. 151/26, 14 June 1992.

³ Taking future generations into account in Voluntary national reviews for the High level political forum. Briefing paper. Mary Robinson foundation – Climate justice. 2018. – URL: <https://www.mrfcj.org/wp-content/uploads/2018/02/Taking-Future-Generations-into-Account-in-Voluntary-National-Reviews-for-the-High-Level-Political-Forum-A-Briefing-Paper-FEBruary-2018.pdf> (accessed: 06.06.20).

⁴ Петренко О.В. Концепция будущих поколений в международном и национальном праве: проблемы, тенденции, перспективы // Право и политика. – Москва, 2011. – № 12. – С. 2077–2083.

⁵ Weiss E.B. Op. cit. – P. 199.

⁶ Riley S. Architectures of intergenerational justice: human dignity, international law, and duties to future generations // Journal of human rights. – 2016. – Vol. 15, N 2. – P. 283.

⁷ Schröder M. The Concept of Intergenerational Justice in German Constitutional Law // Ritsumeikan Law Review. – 2011. – N 28. – P. 323.

значительный вред безопасности, здоровью и перспективам выживания людей в долгосрочной перспективе¹.

О необходимости защиты будущих поколений говорится не только на международном уровне. Положения о них содержат конституции многих стран всех регионов мира. Они разнообразны и могут упоминать будущие поколения как прямо, так и косвенно (используя концепцию наследия)². Преамбула Конституции России также закрепляет положение о том, что она принимается «исходя из ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества».

Не следует недооценивать тот факт, что будущие поколения упоминаются в преамбуле документа, а не в отдельной статье. Согласно Венской конвенции о праве договоров, именно преамбула определяет контекст, превалирующий в период согласования документа, и должна учитываться при толковании всех содержащихся в нем положений. Международный суд ООН не раз ссылался на преамбулы международных соглашений для того, чтобы определить их цель или принципы толкования отдельных предусмотренных в них обязательств³. Таким образом, факт закрепления положения в преамбуле Конституции России позволяет рассматривать его в качестве принципа конституционно-правового регулирования субъективных прав, а также «фундамента для формирования принципов, средств и способов его правового регулирования, и критерия эффективности деятельности законодательных и исполнительных органов власти, направленной на обеспечение этого права»⁴. Нормативные положения, формирующие экономическую конституцию, также должны толковаться через призму ответственности народа России и ее властей перед будущими поколениями.

¹ *Jodoin S. Crimes against future generations: implementing intergenerational justice through international criminal law // Intergenerational justice review.* – 2010. – N 1. – P. 10.

² *Göpel M., Arhelger M. How to protect future generations' rights in European governance // Intergenerational justice review.* – 2010. – N 1. – P. 5.

³ *Duyck S. The Paris climate agreement and the protection of human rights in a changing climate // Yearbook of international environmental law.* – Oxford, 2015. – Vol. 26, N 1. – P. 11.

⁴ Чуличкова Е.В. Конституционно-правовое регулирование права на благоприятную окружающую среду: принцип ответственности перед будущими поколениями // Российский юридический журнал. – Екатеринбург, 2015. – N 2 (101). – С. 48.

Имея под рукой моральный императив ответственности нынешнего поколения перед будущими, казалось бы, можно перейти к вопросу толкования отдельных положений экономической конституции в этом контексте. В этой области, как в России, так и в мире, сделано еще немного, между тем потребность в таких исследованиях все увеличивается. Сделать это, оказывается, не так просто. Хотя мнение о том, что люди, живущие на Земле сейчас, не несут никакой ответственности за положение будущих поколений, воспринимается как шокирующее и противоречащее нравственным принципам, в вопросах объема ответственности и ее оснований единства в академической среде нет. Отсутствует также и перечень прав, за нарушение которых предполагается ответственность. С учетом этого, автор настоящей статьи делает попытку собрать воедино основные положения доктрины в рассматриваемой области и предложить ряд вопросов для дискуссии.

Какие они, эти будущие поколения?

Озабоченность благополучием будущих поколений отражена во многих документах международного уровня, конституциях и иных внутренних нормативных актах стран. Общий дискурс заботы о будущем планеты и человечества понятен. Однако для имплементации международных и конституционных норм, выражающейся в первую очередь в принятии законов, регулирующих определенные правоотношения, необходимо определить, что подразумевается под «будущими поколениями».

Главенствующим подходом является понимание будущих поколений как еще не рожденных. Например, А. Госерье отмечает, что в Конституции Пенсильвании (§ 27. Natural resources and the public estate¹) говорится о «грядущих поколениях» (generations yet to come)². Такое понимание разделяется и учеными, в том числе российскими, отмечающими, что «конструкция будущих поколений носит фиктивный характер, не имеет реального человеческого субстрата»³. Отдаленность от нас «будущих поколений» затрудняет

¹ Constitution of the commonwealth of Pennsylvania. – URL: <https://www.legis.state.pa.us/WU01/LI/LI/CT/HTM/00/00.HTM> (accessed: 17.07.20).

² Gosses A. On future generations' future rights // The journal of political philosophy. – 2008. – Vol. 16, N 4. – P. 448.

³ Чуличкова Е.В. Указ. соч. – С. 48.

возможность определения содержания этих интересов и, соответственно, определения мер, необходимых для их обеспечения¹. Их можно представить лишь приблизительно, исходя из современных условий жизни и деятельности человека в окружающей его среде, а также перспектив техногенного развития². При том, что предсказать будущее в деталях невозможно, очевидно, что основополагающие интересы людей в будущем не изменятся³ и будут включать в себя, как минимум, благоприятную экологическую среду⁴.

М. Шрёдер отмечает, что понятие «поколение» может быть трактовано по-разному. Оно может пониматься как период, в течение которого меняется поколение, и как группа людей. С одной стороны, когда речь идет о поколении, может пониматься время, необходимое для того, чтобы дети стали родителями, а родители – бабушками и дедушками. С другой стороны, под этим термином подразумевается единство всех людей, живущих на планете в настоящий момент или в будущем. Он отмечает, что справедливость в отношениях между поколениями применима и важна в обоих контекстах. Применительно к людям разных поколений, живущим в одно время, она подразумевает под собой справедливый баланс прав и обязательств в обществе (особенно относительно молодых поколений, которые еще не могут принимать участие в демократических процессах). Относительно будущих поколений она означает, что люди, живущие сейчас не должны удовлетворять свои интересы в ущерб тем, кто будет жить после них⁵. Такая трактовка позволяет более широко взглянуть на «тех, кто будет жить в будущем». Это могут быть не только те, кто еще не рожден, но и те, кто уже рожден, но будет существовать тогда, когда нас уже не будет, т.е. дети. Нет никаких оснований исключать их из объема понятия «будущие поколения», ведь они будут жить в будущем, хоть и не столь отдаленном. С последующими будущими поколениями их объединяет и то, что защита их интересов не может быть осуществлена непосредственно ими и требует участия уполномоченного лица. При этом признание детей в качестве будущего поколения дает возможность учесть их понимание изменений, необходимых для

¹ *Gosseries A.* Op. cit. – P. 47.

² Чуличкова Е.В. Указ. соч. – С. 53.

³ *Riley S.* Op. cit. – P. 283.

⁴ *Weiss E.B.* Op. cit. – P. 200.

⁵ *Schröder M.* Op. cit. – P. 323.

обеспечения их интересов. Это может значительно обогатить дискуссии, поскольку убежденность в существовании реальной угрозы экологического кризиса значимо выше у представителей поколения Z (людей, родившихся в 1996–2017 гг.). Кроме того, у них значимо более выражена убежденность в ограниченности природных ресурсов и они чаще выражают уверенность в недостаточной способности природы к самовосстановлению и в конечном счете – в неизбежности масштабной экологической катастрофы при отсутствии изменений в деятельности людей¹.

Права будущих поколений или лишь ответственность настоящего поколения перед ними?

Самым дискуссионным вопросом в области обеспечения благополучия будущих поколений является вопрос о том, могут ли им принадлежать права или речь идет только о моральной ответственности перед ними людей, живущих сегодня.

А. Госерье отмечает, что в конституциях ссылка на будущие поколения вводится с помощью слов «для», «на благо», «в интересах»². Ряд конституций говорит об обязательствах перед будущими поколениями³. При этом правами их наделяют конституции всего лишь трех стран (Боливии, Норвегии и Японии). Так, в Конституции Японии (ст. 97) закрепляется, что «основные права человека, гарантированные народу Японии настоящей Конституцией, являются результатом вековой борьбы людей за свободу. Эти права претерпели в прошлом суровые испытания и признаются за нынешним и будущими поколениями в надежде, что они на вечные времена останутся нерушимыми»⁴, Конституции Боливии и Нор-

¹ Емельянова Т.П., Нестик Т.А., Белых Т.В. Отношение к экологическим рискам среди представителей поколений Y и Z / Институт психологии Российской академии наук. Социальная и экономическая психология. – Москва, 2019. – Т. 4. № 3 (15). – С. 63, 69, 73.

² Gosseryes A. Op.cit. – P. 448.

³ Nguyen Y. Constitutional protection for future generations from climate change // Hastings environmental law journal. – San Francisco, 2017. – Vol. 23, N 1. – P. 190.

⁴ Конституции государств Азии: в 3 т. – М., 2010. – Т. 3: Дальний Восток. – С. 1036. См. об этом также: Малышева А.А., Ронжина Н.А., Хайрусов Д.С. Будущие поколения как субъекты экологического права. // Научные исследования в современном мире: опыт, проблемы и перспективы развития: сб. ст. по мат. Межд. науч.-практ. конф. – Уфа, 2019. – С. 48.

вегии закрепляют права будущих поколений в контексте здоровой окружающей среды¹.

Уход от рассмотрения вопроса благополучия будущих поколений в контексте прав заметен и на международном уровне. В 1994 г. ЮНЕСКО инициировала работу по созданию Декларации прав будущих поколений², подчеркнув, что потребность в нормативном документе, который определял бы концепцию этих прав и закреплял бы их, давно назрела. Перечень прав, закрепляемых в проекте Декларации, далеко выходил за рамки экологических. Он включал право на сохранение Земли, право на свободу выбора в экономической, социальной и политической жизни, право на жизнь и сохранение видового многообразия, право знать свое личное и коллективное происхождение и идентичность, право не нести ответственность за действия предыдущих поколений, право собственности, а также запрет права собственности на общее достояние, право на культурное наследие, право на развитие, право на экологически сбалансированную окружающую среду, право на мир, запрет дискриминации. К сожалению, принятая спустя три года Декларация об ответственности нынешних поколений перед будущими поколениями³ закрепляла лишь необходимость защиты потребностей и интересов будущих поколений. Список этих интересов стал уже и включать в себя свободу выбора, сохранение человечества, сохранение жизни на Земле, охрану окружающей среды, защиту генома человека и биологического разнообразия, культурное разнообразие и защиту культурного наследия, защиту общего наследия человечества, мир, развитие и образование, а также защиту от дискриминации. В европейском праве будущие поколения были впервые упомянуты в Программе действий Европейских сообществ в области окружающей среды 1973 г.⁴ По мере введения юридически обязывающих норм по за-

¹ Gosseries A. Op.cit. – P. 448.

² Question of the preparation of a declaration on the rights of future generations. 145 EX/41 / UNESCO. – PARIS, 1994. – 22 September. – 9 p.

³ Declaration on the responsibilities of the present generations towards future generations. – 1997. – 12 November. – 4 p. – URL: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110220_rus.page=97 (accessed: 07.06.20).

⁴ Declaration of the Council of the European communities and of the representatives of the governments of the member-states meeting on the Council of 22 November 1973 on the Programme of action of the European communities on the environment. – URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41973X1220&from=EN> (accessed: 18.06.20).

щите окружающей среды и устойчивому развитию, вместо декларативных, прямые ссылки на будущие поколения почти исчезли, уступив место косвенным¹. Провал попыток закрепить права будущих поколений на международном уровне, а также в национальных конституциях (например, в Германии) может быть связан со стремлением политиков избежать слишком обязывающих формулировок², которые требуют изменений, в том числе в экономической конституции страны.

В академической среде точка зрения о невозможности наделения будущих поколений правами, в том числе конституционными, мотивируется несколькими аргументами. Первый аргумент связан с тем, что будущие поколения еще не существуют, следовательно у них не может быть прав и они не могут их никому делегировать. В момент своего появления на свет эти люди получат права, но последние будут касаться доступных к тому времени ресурсов и возможностей³. Второй аргумент связан с неопределенностью идентичности людей будущего. Поскольку наши действия «якобы» негативно влияют на будущее, они оказывают воздействие и на количественные характеристики людей в будущем, а говорить об ущербе или нарушении прав лиц, которые могут и не родиться, неуместно⁴. В качестве третьего аргумента называется невозможность судебной защиты потенциальных прав будущих поколений в суде. Поскольку возможность защищать право в суде является существенным условием его реализуемости, без нее невозможно говорить и о наличии самого права⁵.

Отрицание наличия прав у будущего поколения не означает, однако, их незащищенности. В то время как права всегда связаны с обязанностями, обязанности могут существовать и без прав. Речь идет о так называемых абсолютных обязанностях – тех, что предполагают действия в отношении неопределенного круга лиц или человечества в целом⁶. Сюда можно отнести и будущие поколения. Р. Лоренцо и А. Пангаланган утверждают, что именно так следует толковать доктрину ответственности настоящего поколения перед будущими – как налагающую ответственность, но не порождаю-

¹ Göpel M., Arhelger M. Op. cit. – P. 4.

² Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений: теория и практика // Человек. – Москва, 2013. – № 5. – С. 15.

³ Прокофьев А.В. Op. cit. – С. 11.

⁴ Gosseries A. Op. cit. – P. 449.

⁵ Gosseries A. Op. cit. – P. 449.

⁶ Weiss E.B. Op. cit. – P. 203.

щую прав. Эта доктрина, по их убеждению, несовместима с философскими основами прав человека, поскольку наделяет ценностью преследуемую цель, лишая этой ценности источник прав – человека. Вместо того чтобы ослаблять права человека размыванием смыслов, следует защищать права настоящего поколения на благополучное «завтра»¹.

Немало в академическом сообществе и противников такого подхода. Идея признания будущих поколений субъектом права поддерживается все большим числом ученых, в том числе российских. Р. Вайсс настаивает, что моральной защиты интересов будущих поколений недостаточно, она «должна быть трансформирована в законные права и обязанности»². Именно контекст прав дает возможность обеспечить благополучие поколений в необходимой мере. Их отсутствие делает моральные обязательства значительно слабее, поскольку создает соблазн их игнорировать в угоду потребностям настоящего времени³. С. Райли отмечает плюсы концептуализации прав будущих поколений через права человека. Учитывая их специфику, именно права человека дают возможность гарантировать более высокий стандарт защиты (поскольку обеспечены соответствующими инструментами, а также внедрены в разные области права, как частного, так и публичного)⁴. В качестве отправной точки концептуализации защиты прав будущих поколений через права человека называется Всеобщая декларация прав человека⁵, которая начинается со слов: «Принимая во внимание, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира...» Ссылка на всех членов человеческой семьи имеет в том числе и временное измерение и подтверждает принадлежность равных и неотъемлемых прав всем поколениям⁶. В том же контексте можно трактовать и положения десятков правозащитных соглашений.

¹ Lorenzo R., Pangalangan A. Ageless rights, intergenerational responsibilities: are human rights future-proof? // Cambridge international law journal website. – URL: <http://cilj.co.uk/2020/04/16/ageless-rights-intergenerational-responsibilities-are-human-rights-future-proof/> (accessed: 06.06.20).

² Weiss E.B. Op. cit. – P. 202.

³ Ibid. – P. 204.

⁴ Riley S. Op. cit. – P. 278.

⁵ Всеобщая декларация прав человека. Принята Резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г.

⁶ Weiss E.B. Op. cit. – P. 201.

В качестве контрапардумента невозможности наделения правами еще не рожденных людей предлагается рассматривать их права не как индивидуальные, а как коллективные – права самих поколений, вне зависимости от личной идентичности каждого из тех, кто составляет поколение¹. Аргумент относительно невозможности защитить свои права в суде может быть оспорен по нескольким основаниям. С теоретической точки зрения, отсутствие у субъекта права способности обжаловать его нарушение не влияет на существование самого права или коррелирующей ему обязанности². Вторым основанием является формирование правоприменительной практики в этой области – в предыдущие два десятилетия судами были рассмотрены сотни дел, касающихся изменения климата³. Все они были аргументированы с позиции прав человека, во многих речь шла о правах будущих поколений⁴. Это свидетельствует о кардинальном изменении подхода к спорам в этой сфере и демонстрирует не только намерение заявителей оперировать доктриной прав человека, но и растущую готовность судов воспринимать такие аргументы⁵. Пил и Ософски отмечают, что в таких спорах защите прав может способствовать не только победа в суде. Достичь социальных и политических изменений можно стимулировав общественную дискуссию. Ссылка на нарушения прав человека (и на права будущих поколений. – *H. K.*) привлекает внимание СМИ и общественности и показывает «человеческое лицо» климатической катастрофы⁶.

Контекст сохранения окружающей среды, превалирующий в дискуссиях о благополучии будущих поколений, вместе с формированием судебной практики о защите их прав в этом же контексте порождает вопросы о том, является ли право на здоровую и безопасную окружающую среду единственным правом, принадлежащим этой группе, и являются ли экологические нормы единственным правовым основанием защиты их прав. Исследование доктрины показывает, что это не так.

¹ Прокофьев А.В. Ор. си. – С. 12.

² Weiss E.B. Op. cit. – P. 205.

³ На национальном уровне такие споры были инициированы в целом ряде стран, включая Нидерланды, Филиппины, Австрию, Южную Африку и США.

⁴ Gaillard É. Op. cit. – URL: <https://ideas4development.org/en/rights-future-generations-legal-humanism/> (accessed: 07.06.20).

⁵ Peel J., Osofsky H.M. A rights turn in climate change litigation?/ Transnational Environmental Law. – Cambridge, 2018. – Vol. 7, № 1. – P. 39–40.

⁶ Ibid. – P. 67.

Какие права принадлежат будущим поколениям?

Несмотря на то что количество сторонников признания будущих поколений субъектами прав растет, академические исследования редко касаются каких-либо их прав помимо экологических. Чаще речь идет о проблемах, с которыми столкнутся люди в будущем. Так, М. Гёпель и М. Архельгер говорят о «как минимум утрате биоразнообразия, изменении климата, истощении ресурсов, обострении нищеты и неравенства»¹. Тем не менее в целях анализа экономической конституции, с точки зрения обеспечения прав будущих поколений, необходимо составить понимание о том, о каких именно правах может идти речь.

В первую очередь это, разумеется, экологические права². Заслуживает внимания предложение выделять будущие поколения в качестве субъектов экологических прав в ряде отраслей права³. Оно обосновано тем, что в России это понятие закреплено в Конституции и, таким образом, попадает в поле зрения конституционистов. Поскольку в последние годы правозащитные органы толкуют ряд прав человека в экологическом контексте⁴, вопросы экологии стали предметом регулирования права прав человека. Нормы последнего рассредоточены по разным отраслям права, что позволяет говорить о возможности использовать разные отрасли права при защите экологических прав будущих поколений.

Ключевым условием улучшения процесса принятия решений в области защиты окружающей среды считается наличие процессуальных экологических прав⁵. Они призваны обеспечить учет интересов частных лиц или групп, в частности тех, которые, возможно, будут затронуты изменениями окружающей среды, при принятии

¹ *Göpel M., Arhelger M.* Op. cit. – P. 4.

² На сегодняшний день защита окружающей среды предусмотрена в 148 конституциях (*Imhof S., Gutmann J., Voigt S.* The economics of green constitutions // *The Asian journal of law and economics.* – 2016. – Vol. 7, N 3. – P. 305).

³ *Малышева А.А., Ронжина Н.А., Хайрусов Д.С.* Op. cit. – С. 47.

⁴ К примеру, Европейский Суд по правам человека затрагивает сферу экологического права при рассмотрении дел по ст. 2 (право на жизнь), ст. 8 (право на уважение частной и семейной жизни), ст. 6 (право на справедливый суд), а также как часть права на доступ к информации и права на эффективные средства защиты (ст. 10 и ст. 13).

⁵ *Peters B.* Unpacking the diversity of procedural environmental rights: The European convention on human rights and the Aarhus convention. // *Journal of environmental Law.* – Oxford, 2018. – Vol. 30, N 1. – P. 9.

решений на национальном и международном уровнях. Принцип 10 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию подчеркивает важность такого подхода: «экологические вопросы решаются наиболее эффективным образом при участии всех заинтересованных граждан». Выделяют три типа процессуальных прав, закрепленных в международных актах: право на информацию, право на участие и право на судебное средство защиты¹.

Правозащитные органы рассматривают процессуальные права в контексте гражданских и политических прав, что дает возможность вывести права будущих поколений за рамки исключительно экологического контекста. Признание специфики будущих поколений как субъекта, интересы которого должны быть представлены кем-то иным, привело к тому, что в ряде стран были сформированы специальные институты, в полномочия которых входит экспертиза законодательства и действий государственных органов на предмет соответствия интересам будущих поколений². При создании таких институтов учитывались потребности еще не рожденных поколений. Однако, если толковать понятие «будущие поколения» шире, то, как упоминалось выше, в него могут быть включены и дети, живущие сегодня. В таком случае необходимо обратить внимание и на их право на выражение мнения³. Не только Конвенция ООН по правам ребенка, но и Декларация ООН о праве на развитие⁴ в своих текстах подчеркивают важность участия всех лиц в достижении устойчивого развития и соблюдении прав человека. Опыт Конвенции ООН по правам ребенка показывает, что участие детей содействует выработке инновационных подходов в области развития. Дети могут не только определять проблемы, но и находить креативные способы их решения⁵. Резо-

¹ Peters B. Unpacking the diversity of procedural environmental rights: The European convention on human rights and the Aarhus convention // Journal of environmental Law. – Oxford, 2018. – Vol. 30, N 1. – P. 2.

² Göpel M., Arhelger M. Op. cit. – P. 7.

³ Stone L. Implementing intergenerational justice: Children at the heart of policy making // Intergenerational justice review. – 2010. – N 1. – P. 35.

⁴ Declaration on the right to development. Adopted by UN General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986.

⁵ Arts K. Advancing the Right to Development: A Child Rights-Based Approach. Presentation for the «Sustainable Development with Dignity and Justice for All – Realizing the Right to Development for Present and Future Generations» event. – URL: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/Pages/DignityAndJustice.aspx> (accessed: 06.06.20).

нанс, вызванный выступлением Греты Тумберг на саммите ООН по климату, показывает, что мнение ребенка об интересах будущих поколений может быть услышано. На национальном уровне, в частности в России, готовность прислушиваться к мнению ребенка меньше. Здесь до сих пор распространен патерналистский подход к вопросам участия детей в принятии решений¹. При этом сами дети и молодые люди не просто посвящены в существующие экологические проблемы, но активно участвуют в их обсуждении и в волонтерской деятельности в области экологии и вносят значительный вклад в процесс замены «антропоцентрического» экологического сознания общества на «экоцентрическое»².

Еще одна группа прав будущих поколений, упоминаемая в академической литературе, – социальные права. Они также зачастую приводятся в контексте экологических проблем. Напоминая о равенстве между поколениями, Вайсс обращает внимание на то, что именно бедность является причиной ухудшения состояния экологической среды, поскольку сообщества, находящиеся в нищете, вынуждены чрезмерно эксплуатировать имеющиеся природные ресурсы. Это, в свою очередь обедняет и будущие поколения. Забота об их социальных правах возможна при условии поддержки бедных сообществ более состоятельными. Это отвечает одновременно принципу равенства между поколениями и принципу равенства внутри одного поколения (inter-generational equity v. intra-generational equity)³.

Обеспечение прав будущих поколений невозможно без соответствующего реформирования политики и законодательной базы. Во многих странах можно найти примеры законов, ориентированных на длительную перспективу. Защита экологических прав лежит в основе закона Андорры N 21 «Об использовании энергии в зданиях и продвижении использования возобновляемых энергий»; греческого закона N 3851/2010 «Об ускорении развития возобновляемых источников энергии в целях борьбы с изменением климата»; Национального плана защиты окружающей среды Бутана 2007 г. На продвижение образования направлена Поправка к

¹ Кравчук. Н.В. Соблюдение права ребенка на выражение мнения – внутрисемейное дело или способ воспитания активных граждан? // Современное семейное право: сб. науч. тр. / Отд. Правоведения; отв. ред. Алферова Е.В., Афанасьева Е.Г. – М.: РАН. ИНИОН, 2015 – С. 119.

² Емельянова Т.П., Нестик Т.А., Белых Т.В. Указ. соч. – С. 63, 69, 73.

³ Weiss E.B. Op. cit. – Р. 202.

генеральному закону об образовании Сальвадора (Декрет N 714). Директива Европейского союза 2014/95/EU закрепляет обязанность крупных компаний раскрывать информацию о политике, рисках и результатах принятых мер по социальным вопросам, в вопросах экологии и прав человека¹.

Прогресс России в этой области незаметен. Наоборот, отмечается тенденция к превалированию экономических интересов над интересами будущих поколений, причем даже в стабильно неблагополучных с экологической точки зрения районах. Так, «Программа комплексного социально-экономического развития ЗАТО Новоуральский городской округ на 2013–2017 годы», утвержденная решением Думы Новоуральского городского округа от 26 декабря 2012 г. № 158, предусматривает вырубку значительного объема многовекового леса, который «фактически не используется и не несет никакой экономической нагрузки», и перевод освободившихся территорий в группу так называемых селитебных, т.е. предназначенных для развития жилого малоэтажного строительства. Лесной массив, который обеспечивает микроклимат территории и благоприятную окружающую среду, рассматривается в этой программе исключительно с экономической точки зрения, в то время как рекреационная и экологическая функции леса во внимание не принимаются², что нарушает права не только людей, живущих в Свердловской области сегодня, но и тех, кто будет жить там через много лет.

Экономическая конституция и благополучие будущих поколений

Идея будущих поколений тесно связана с понятием устойчивого развития и подразумевает ориентирование законодательства и политики государства не только на обеспечение потребности текущего поколения, но и на долгосрочную защиту человечества.

¹ Taking future generations into account in Voluntary national reviews for the High level political forum. Briefing paper. Mary Robinson foundation – Climate justice. – 2018. – URL: <https://www.mrfcj.org/wp-content/uploads/2018/02/Taking-Future-Generations-into-Account-in-Voluntary-National-Reviews-for-the-High-Level-Political-Forum-A-Briefing-Paper-FEBruary-2018.pdf> (accessed: 06.06.2020).

² Листопад О.Ф. Основные направления развития экологического законодательства Российской Федерации в сфере обеспечения благоприятной окружающей среды в населенных пунктах // Экологическое право. – Москва, 2018. – № 1. – С. 70.

Поскольку устойчивое развитие подразумевает баланс между экономическими, экологическими и социальными целями не только по отношению к ныне живущим, но и к будущим поколениям, прогресс в этой области может быть достигнут только общими усилиями всех стран¹. Цель устойчивого развития может вступить в конфликт с текущими экономическими интересами отдельного государства, которое будет вынуждено привести свою политику в области экономического развития в соответствие с этой целью. И тем не менее государства едины в своем желании обеспечить благополучие будущих поколений. Это подтверждается многочисленными международными документами, начиная с Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию 1992 г. и включая Повестку дня в области устойчивого развития (Повестка-2030)², принятую всеми 193 странами в 2015 г. В соответствии с этим документом страны будут самостоятельно разрабатывать собственные стратегии, планы и программы по устойчивому развитию. Цели устойчивого развития, приведенные в нем, будут играть роль ориентиров, позволяя странам привести свои планы в соответствие со своими глобальными обязательствами.

С чего следовало бы начать этот путь? Одним из эффективных способов обеспечения благополучия будущих поколений признается нормативное закрепление в национальном законодательстве обязанности государства учитывать интересы будущих поколений при определении политики или стратегии развития³. С этим утверждением сложно не согласиться, однако на текущем этапе требуется более детальный анализ того, на каком уровне, в каком виде и какие именно обязанности государства должны быть закреплены.

Практически каждое решение власти и бизнеса оказывает влияние на будущие поколения. Как отмечает Е. Вайсс, это могут быть «решения, касающиеся войны и мира, экономической политики, благополучия отдельного региона или социальной группы, транспорта, здравоохранения, образования. Все они оказывают влияние на демографию и состав будущих поколений, воздействуя на судьбы живущих сейчас людей, их упадок или процветание, решение о браке,

¹ Schröder M. The Concept of Intergenerational Justice in German Constitutional Law // Ritsumeikan Law Review. – 2011. – N 28. – P. 322.

² Преобразование нашего мира: повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года. UN Doc. A/RES/70/1, 25 сентября 2015.

³ Петренко О.В. Op. cit. – С. 2077.

рождении детей и эмиграции¹. Все эти решения имеют и экономическую составляющую, что свидетельствует о важности положений экономической конституции для регулирования этих разнообразных, но объединенных темой благополучия будущих поколений, вопросов. Их разная отраслевая принадлежность, а также специфика рыночной экономики, являющейся, как отмечается в литературе, живым организмом, ориентиры которого могут меняться², подтверждают правильность идеи о закреплении положения о благополучии будущих поколений на конституционном уровне.

В российской Конституции, как было описано выше, уже содержится положение о необходимости учета интересов будущих поколений. Есть в ней и положения, предусматривающие свободное развитие человека (ст. 7), и экономические основы развития России (ст. ст. 8, 9 и др.). Достаточно ли этого для развития экономики России с учетом принципа устойчивого развития, или необходима корректировка этих положений исходя из международных норм в этой области? Необходимо ли вносить поправки в конституцию или достаточно толкования имеющихся конституционных положений в определенном ключе? Эти вопросы, как представляется, требуют более глубокого исследования, нежели возможно в рамках настоящей статьи. Однако хотелось бы обратить внимание на тот факт, что регулирование экономических процессов осуществляется, прежде всего, через систему конституционных принципов и институтов, и то, что наиболее социально значимые для данного общества экономические отношения регламентируются именно на этом уровне, имеет принципиальное значение³.

Широкое понимание экономической конституции позволяет включить в это понятие правовые нормы, обеспечивающие деятельность и управление в экономической сфере, принадлежащие к разным уровням правового регулирования⁴. Такой подход делает необходимым анализ и других, помимо конституции, нормативно-

¹ Weiss E.B. Our rights and obligations to future generations for the environment. // The American journal of international law. – Cambridge, 1990. – Vol. 84, N 1. – P. 206.

² Андреева Г.Н. Концепция «экономической конституции» в России: некоторые аспекты проблемы. // Концепция «экономической конституции»: Современные исследования: сб. научн. тр. Сер. «Государство и право» / Центр социальных научн.-информ. исслед. Отдел правоведения; отв. ред. Андреева Г.Н. – Москва, 2008. – С. 92.

³ Ibid.

⁴ Андреева Г.Н. К вопросу о понятии экономической конституции // Конституционное и муниципальное право. – Москва, 2010. – № 7. – С. 12.

правовых актов, на предмет соответствия цели устойчивого развития. Какие критерии должны использоваться для такого анализа? На основе совокупности норм международного права М. Сеггер и Р. Рана вывели ряд требований, которым должны соответствовать законы и практики, наилучшим образом защищающие права и интересы будущих поколений¹. Такие законы и практики должны быть ориентированы на:

- обязанность государств обеспечить устойчивое использование природных ресурсов;
- принцип равенства и ликвидации нищеты;
- принцип принятия мер предосторожности (precautionary approach) по отношению к человеческому здоровью, природным ресурсам и экосистемам;
- принцип участия общественности, доступа к информации и правосудия;
- принцип управления и гражданской безопасности;
- принцип интеграции и взаимосвязи, в частности в отношении прав человека и социальных, экономических и экологических целей;
- принцип общих, но дифференцированных обязанностей.

Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.², принятая в 2008 г., в рамках реализации решений Конференции ООН по окружающей среде и развитию, заставляет усомниться в соответствии российского толкования устойчивого развития международным стандартам. В качестве основных целей развития она определяет «устойчивое повышение благосостояния российских граждан, национальной безопасности, динамического развития экономики, укрепление позиции России в мировом сообществе»³. При этом, представляя Добровольный национальный обзор о ходе осуществления Повестки-2030 в 2020 г. Российской Федерации подчеркнула, что предпринимает последовательные усилия по достижению целей устойчивого развития. Претворение соответствующих принципов в жизнь основывается на «устойчивом человеческом развитии через

¹ Segger M.-C.C., Rana R. Selecting best policies and law for future generations. Legal working paper and worked examples – World future council. – Montreal, 2008. – P. 2–3, 5–6.

² Утверждена распоряжением Правительства РФ от 17.11.08 г. № 1662-р.

³ Доклад о реализации принципов устойчивого развития в Российской Федерации. Российский взгляд на новую парадигму устойчивого развития. Подготовка к «Рио+20». – Москва, 2012. – URL: <http://static.kremlin.ru/media/events/files/41d4020395b7808496b0.pdf> (accessed: 06.06.20). – С. 6.

реализацию государственных и частных инициатив, направленных на развитие систем образования, здравоохранения, социального обеспечения, инфраструктуры (транспортной, цифровой, энергетической), экономики в целом и сохранение окружающей среды». В документе было особо отмечено, что реализация Повестки-2030 не останавливается в нашей стране даже при чрезвычайных ситуациях. Так, в условиях пандемии COVID-19 в России реализуется комплекс мер по снижению негативных последствий для населения и бизнеса от ограничительных мер по борьбе с распространением вируса¹. Насколько заявленные на международном уровне цели и направления деятельности России соответствуют отдельным законодательным инициативам в области экономического развития и практике их реализации, должно стать предметом отдельного исследования.

Обеспечение благополучия будущих поколений – новая тема для российской науки. Экономическое измерение этого процесса, его отражение в экономической конституции России и интеграция в программу исполнения международных обязательств требуют осмыслиения международных стандартов и международного опыта в этой области. Приведенный в данной статье анализ доктрины защиты будущих поколений имел целью систематизировать существующие подходы и точки зрения, восполнить некоторые пробелы в дискуссии, а также поставить ряд вопросов, актуальных для дальнейших исследований. Учет интересов будущих поколений при анализе и конструировании конституционных положений, посвященных деятельности и управлению в экономической сфере, имеет не только сугубо прикладное значение. Он будет содействовать вливанию в международный дискурс² российской науки конституционного права, исследования которой в части экономической конституции, как отмечают специалисты, находятся в стадии становления³.

¹ Main messages for the 2020 Voluntary National Review by the Russian Federation. Voluntary National Review 2020. High level political forum for sustainable development. – URL: <https://sustainabledevelopment.un.org/memberstates/russia> (accessed on 06.06.2020).

² Андреева Г.Н. Концепция «экономической конституции» в России: некоторые аспекты проблемы // Концепция «экономической конституции»: современные исследования: сб. научн. тр. Сер. «Государство и право» / Центр социальных научн.-инф. исслед. Отдел правоведения; отв. ред. Андреева Г.Н. – Москва, 2008. – С. 92.

³ Андреева Г.Н. К вопросу о понятии экономической конституции // Конституционное и муниципальное право. – Москва, 2010. – № 7. – С. 14.

Раздел 5. ВКЛАД В НАУКУ

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.09

А.Н. Лужина¹

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ ФРАНЦИИ В РАБОТАХ ПРОФЕССОРА У. РАБО. (Статья)

***Аннотация.** В статье анализируется персональный вклад профессора публичного права факультета права и политической науки Университета Эври, входящего в состав университета Париж-Сакле (Франция), Уго Рабо в исследование теории и практики французской экономической конституции. Его работы являются одними из наиболее цитируемых по данной тематике. Глубокое исследование истоков и эволюции теории экономической конституции и проведенное сравнение с экономическими конституциями других стран (прежде всего, Германии) позволили ему выявить характерные черты французской экономической конституции. К ним он относит, в частности, ее нейтральность и проявление традиционной для Франции централизации, в силу которой законодатель наделен широкими дискреционными полномочиями для проведения национальной экономической политики. По мнению У. Рабо во Франции существует эффективная экономическая конституция особого рода, выраженная в основном в формах административных институтов и административного права. Эта экономическая конституция возникла не из конституционных текстов, а из практики и традиций национальных институтов. Вместе с тем Франция, являясь членом Европейского союза, подвержена влиянию общеевропейского права, которое основано не на идее администрирования, а на формировании системы правил регулирования экономики, универсальных (по большей мере) для всех участников данного сообщества, построенного на общности интересов. В статье освещена трактовка У. Рабо парадокса экономических и социальных прав, а также финансовой стороны экономической конституции Франции.*

¹ Александра Николаевна Лужина – доцент кафедры гражданского права Российской государственного университета правосудия, старший научный сотрудник отдела правоведения ИНИОН РАН, кандидат юридических наук.

Ключевые слова: научные труды профессора У. Рабо; французская экономическая конституция; особенности; эволюция понятия; парадокс экономических прав; финансовый аспект.

A.N. Luzhina
French Economic Constitution
in the Works of Professor Hugues Rabault. (Article)

Abstract. *The article analyzes the personal contribution of the Professor of Public Law at the Faculty of Law and Political Science of the University of Evry Val-d'Essonne (France) (Université d'Evry Val-d'Essonne) Hugues Rabault in the study of the theory and practice of the French economic constitution. His works are among the most cited on this topic. A deep study of the origins and evolution of the theory of the economic constitution and a comparison with the economic constitutions of other countries (primarily Germany) allowed him to identify the characteristic features of the French economic constitution. Among such features he refers to, in particular, to the constitution's neutrality and the manifestation of centralization traditional for France, by virtue of which the legislator is endowed with broad discretionary powers to conduct national economic policy. According to H. Rabault, in France there is an effective economic constitution of a special kind, expressed mainly through administrative institutions and the administrative law. This economic constitution arose not from constitutional texts, but from the practices and traditions of national institutions. At the same time, France, being a member of the European Union, is subject to the influence of European law, which is not based on the idea of administration, but on the formation of a system of stipulations regulating the economy, which have almost universal for all members of the Community and based on common interests. The article also highlights the interpretation by H. Rabault of the paradox of economic and social rights, as well as of the financial side of the economic constitution of France.*

Keywords: *Works of Professor Hugues Rabault; French Economic Constitution; peculiarities; evolution of concept; paradox of economic rights; financial aspect.*

Исследование особенностей экономической конституции Франции – задача чрезвычайно сложная, требующая не только хорошего знания специфики французского конституционного регулирования, но и его интерпретации Конституционным советом Франции, а также глубокого понимания теории экономической конституции. Профессор публичного права факультета права и политической науки Университета Эври, входящего в состав Университета Париж-Сакле (Франция), Уго Рабо удачно сочетает в своих исследованиях эти качества – являясь, с одной стороны, автором целого ряда работ, в том числе монографий, по теории ордolibерализма и экономической

конституции¹, а с другой – одним из наиболее цитируемых авторов по проблемам применения экономической конституции Франции². У. Рабо знаком российскому читателю по работе «*Etat, économie et théorisation de l'espace: le concept de "constitution économique"*», переведенной и опубликованной в ИНИОН РАН³. Автор статьи провел

¹ *Rabault H. L'ordolibéralisme, aux origines de l'Ecole de Fribourg-en-Brisgau.* – Paris: L'Harmattan, 2016. – 266 p.; *Rabault H. Pour introduire à l'ordolibéralisme // L'ordolibéralisme, aux origines de l'Ecole de Fribourg-en-Brisgau / Hugues Rabault direction.* – Paris: L'Harmattan, 2016. – P. 13–28; *Rabault H. L'idée de «constitution économique» chez Walter Eucken // L'ordolibéralisme, aux origines de l'Ecole de Fribourg-en-Brisgau / Hugues Rabault (direction).* – Paris: L'Harmattan, 2016. – P. 51–94; *Rabault H. Naissance de la notion ordolibérale de «constitution économique» // L'ordolibéralisme, aux origines de l'Ecole de Fribourg-en-Brisgau. Hugues Rabault (direction).* – Paris: L'Harmattan, 2016. – P. 189–210; *Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction // Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel compare.* – Bordeaux, 2018. N 34. – P. 207–235; *Rabault H. La constitution économique: une perspective pour repenser le droit public économique // Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel compare.* – Bordeaux, 2018. – N 34. – P. 417–420; *Rabault H. L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique? // Revue française de droit constitutionnel [supplément électronique].* – 2019. – N 4 (120). – P. 91–101 и др.

² См. напр.: *Baquero Crus J. Between Competition and Free Movement Economic Constitutional Law of the European Community.* – Oxford, Portland Oregon, 2002. – P. 26; *Fernández-Carnicero C.J. Introducción: El gobierno. Misión de un órgano constitucional // Comentarios a la Ley del Gobierno.* – Madrid, 2002. – P. 20; *Martucci F. La Constitution européenne est-elle libérale? 25/04/2005 // Fundation Robert Schuman Le centre de recherches et d'études sur l'Europe/ – URL: <https://www.robert-schuman.eu/fr/supplements-lettre/0208-la-constitution-europeenne-est-elle-liberale> (accessed: 03.04.2020);* *Андреева Г.Н. О месте концепции «экономической конституции» в европейском дискурсе // Журнал российского права.* – 2007. – № 12. – С. 59 (*Andreeva G.N. О neste koncepcii «ekonomicheskoy konstituci» v evropejskom diskurse // Zhurnal rossijskogo prava.* – 2007. – N 12. – S. 59); *Mongouachon C. Les débats sur la Constitution économique en Allemagne // Revue française de droit constitutionnel.* – 2012. – N 2 (90). – P. 306; *Blairon K. La dimension del Estado y de las administraciones públicas en perspective comparada: el caso francés // ReDCE (Revista derecho constitucional europeo).* – Granada, 2014. – Año 11, Núm. 21. – P. 138; *Blairon K. Un «droit à l'impôt»? Réflexions sur le fédéralisme fiscal // Civitas Europa.* – Nancy, 2017. – N 1 (38). – P. 234; *Garcia J. Les théories économiques et le pouvoir constituant // Revue interdisciplinaire d'études juridiques.* – Bruxelles, 2017. – Vol. 78, N 1. – P. 99; *Zevounou L. Le concept de «constitution économique»: une analyse critique // Jus politicum. Revue de droit politique.* – Dalloz, 2018. – N 20/21. – P. 445 и др.

³ *Рабо У. Государство, экономика и теоретизация пространства: концепт «экономической конституции» // Концепция «экономической конституции»: современные исследования.* – М., 2008. – С. 25–46.

анализ конституционно-правового феномена экономической конституции Франции как в целом, так и в его отдельных характерных проявлениях.

1. Теоретическая база исследования экономической конституции Франции

Теоретической основой для анализа и выводов У. Рабо об экономической конституции Франции послужили его работы, посвященные ордolibерализму и теории экономической конституции. Так, в работе «Ордolibерализм: К экономическому конституционализму?»¹ автор предполагает, что «экономическая конституция» должна представлять собой «вершину» законодательного регулирования, основанного на принципах ордolibерализма. Изучая вопросы, связанные с формированием концепции экономический конституции, У. Рабо раскрывает содержание понятия «конституция» не только и не столько в качестве абстрактного понятия, сколько в качестве понятия, относящегося к конкретным явлениям, в первую очередь к вопросам структурирования и стабилизации политического строя. Конституция, вдохновленная старой категорией *lex scripta*, и предстает перед нами в качестве основного инструмента для создания рационализированного и стабилизированного политического порядка. Если исторически конституция рассматривалась как гарант политической стабильности определенного класса (классов), то в период между Первой и Второй мировыми войнами, когда экономическая нестабильность практически нивелировала идею естественного экономического баланса, ее роль изменилась. Конституцию стало логичнее рассматривать как основной экономический закон, определяющий не столько базис, сколько границы экономической свободы². Первыми заговорили о необходимости экономического закона ордolibералы. Изданный в 1936 г. «Манифест Ордо», авторами которого были экономист Вальтер Ойкен и два юриста: Франц Бём и Ханс Гросманн-Дёрт из Фрайбургского университета в Брейсгау, стал своеобразной отправной точкой для развития движения ордolibералов во всех его проявлениях и ответвлениях (рикардианцы, неолибералы,

¹ Rabault H. L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique? – P. 91–101.

² Ibid. – P. 92–93.

представители фрайбургской школы и др.). Именно в совместных изысканиях юристов и экономистов XX век был назван периодом растущей нестабильности экономики, диверсификации форм экономики, была сформулирована идея о необходимости осознанного и рационального выбора с точки зрения экономического порядка.

Таким образом, идеи конституционализма из политической теории были перенесены в сферу экономической политики. Профессор У. Рабо подтверждает обоснованность идей, сформулированных Францем Бёром и Карлом Шмитом, о признании конституции в качестве «общего решения о виде и форме политического единства» в целом, а применительно к сфере экономики – «общего решения о виде и форме экономического и социального процесса сотрудничества»¹.

У. Рабо указывает на необходимость установления ограничений именно на уровне конституции как Основного закона государства, которые способствовали бы установлению баланса интересов различных категорий субъектов экономической деятельности, что, несомненно, способствовало бы установлению необходимого экономического порядка, определяющего стабильное положение общества и государства. Предполагая невозможность полного отказа от регулирования экономических отношений нормами частного права, он утверждает разумность установления «законных ущемлений» прав участников экономических отношений посредством административных и иных властных распоряжений, основанных на нормах конституции. У. Рабо признает различия в подходах к формированию соответствующих принципов конституционного вмешательства в экономику, например в Германии – это скорее косвенное вмешательство в экономику, направленное на содействие ее функционированию (наиболее близкое к изначальному пониманию ордolibерализма), во Франции – превалируют административные запреты и властные распоряжения. Однако, по его мнению, и тот и другой подход должны быть направлены на обеспечение «общего интереса», как одного из основных конституционных принципов, что важно для любого государства независимо от его устройства и государственного строя. Единство экономической деятельности и конституционных принципов в обеспечении общего интереса, введение в доктринальный контекст понятия «экономическая конституция» в исследований У. Рабо неодно-

¹ Rabault H. L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique? – P. 94.

кратно отмечались в европейской научной литературе. Так, испанский исследователь Кларо Хосе Фернандес-Карнисеро подчеркивает (со ссылкой на У. Рабо) особое значение этой концепции для такого политически децентрализованного государства, как Испания¹.

Подводя итог данному разделу статьи, хотелось бы отметить, что всесторонний характер исследований профессором У. Рабо ордolibерализма, как теоретической основы экономической конституции, позволяет говорить об актуальности и своевременности этой теории для Франции и других стран и в настоящий период. Уместно еще раз обратиться к словам У. Рабо о том, что в настоящее время эта концепция актуальна для других европейских стран, независимо от того, были ли соответствующие принципы и нормы непосредственно закреплены в конституциях или сформировались впоследствии в судебной практике конституционных судов². В этом с ним солидарны и другие учёные, например, Ф. Мартуччи³.

2. Эволюция понятия «экономическая конституция Франции»

Экономическую конституцию следует рассматривать в качестве правовой базы для функционирования экономической системы, или, другими словами, правовой организации экономической системы⁴. Рассматривая процесс становления и эволюции концепции экономической конституции Франции, следует уделить особое внимание двум основным подходам к толкованию данного явления. Его можно рассмотреть с двух сторон, а именно: с точки зрения формы и содержания. Так, формально термины «конституция», «экономическая конституция» применимы к такому тексту, который весь полностью посвящен вопросам организации экономической жизни страны в целом. Если же ориентироваться на содержание, то (хотя и косвенно) считать, что все разделы конституции затрагивают вопросы экономики государства. Таким образом, можно говорить о двух видах экономической конституции по стилю изложения: открытая экономическая конституция и завуалированная.

¹ Fernández-Carnicero C.J. Op.cit. – P. 20.

² Rabault H. La constitution économique de la France // Revue française de droit constitutionnel. – 2000. – N 44. – P. 710 et s.

³ Martucci F. Op. cit.

⁴ Rabault H. La constitution économique de la France. – P. 710.

ванная экономическая конституция. Первый вид экономических конституций достаточно редкий. Чаще встречается второй вид. Так, например, в преамбуле Конституции Четвертой республики ряд положений весьма органично затрагивают суть экономики государства. Встречается еще один тип экономической конституции, который напрямую не связан с текстом Основного закона, но следует из его применения и толкования. Как, например, толкование Верховным судом США V поправки (1791) и XIV поправки (1868), которые интерпретируются как решение «о защите экономической жизни от чрезмерного законодательного вмешательства»¹. Подобная интерпретация поправок, при которой именно защита собственности является основой экономической стабильности государства и общества, имеет приоритетное применение в современных условиях. Профессор У. Рабо, приводя этот пример, обращает внимание на то, что и во Франции складывалась похожая ситуация, когда решение конкретного государственного органа, а именно Конституционного совета (8:32 DC от 16 января 1982 г.), определило приоритет в применении норм Декларации прав человека и гражданина 1789 г. над положениями Конституции 1946 г. в части защиты собственности и иных экономических и социальных прав. В работе 2018 г., рассматривая вопросы формы экономической конституции Франции, У. Рабо отметил, что в XIX в. формой для экономической конституции Франции послужил Французский гражданский кодекс, который заложил базисные основы экономического устройства Франции². Таким образом, основные положения экономической конституции получили свое отражение не в тексте Основного закона Французской Республики, а в толковании уполномоченного государственного органа. Может быть именно поэтому, отмечает Рабо, концепция экономической конституции до сих пор практически не используется французскими юристами.

Подобный подход можно объяснить тем, что на протяжении достаточно долгого времени Конституция Франции представляла собой документ административного характера, содержащий и регламентирующий в первую очередь вопросы государственного уст-

¹ Rabault H. La constitution économique de la France. – P. 717.

² Rabault H. La constitution économique // Revue semestrielle de Droit constitutionnel compare publiée sous le haut patronage de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel et avec le concours du Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales (CRDET) de l'Université de Bordeaux. – Bordeaux, 2018. – N 34. – P. 209.

ройства, распределения полномочий между органами государственной власти, механизм сдержек и противовесов в политической системе Франции. В работе «Экономическая конституция Франции» автор отмечает, что в отличие от германского административного права, французский административный закон в значительной степени независим, поскольку даже сегодня административное предентное право не может быть предметом прямого конституционного контроля¹. Таким образом, еще раз подчеркивается разница между административным правом, как правом, направленным на регулирование организации экономики, и конституционным правом, даже если оно включает в себя элементы административной и хозяйственной отраслей права.

Этот принцип позволяет плавно перейти от формы экономической конституции к ее содержанию. Профессор У. Рабо приводит концепцию Сабино Кассезе, который различает три возможных подхода к содержанию экономической конституции. При первом подходе экономическая конституция рассматривается как совокупность конституционных положений, касающихся экономики. Второй подход устанавливает более широкое понимание экономической конституции, согласно которому она представляет собой набор правовых институтов, не обязательно являющихся частью писаной конституции. И, наконец, третий – экономическая конституция должна включать не только и не столько сформулированные нормы, сколько различные аспекты ее применения, особенно административные².

Французская Конституция, как уже отмечалось выше, в основном строится на административном делении государственных правомочий, таким образом, основные политические решения в сфере экономики принимаются соответствующими уполномоченными государственными органами. Поэтому концепция Французской экономической конституции первоначально тяготела именно к третьему подходу, если говорить о типологии экономических конституций по содержанию, предложенной Сабино Кассезе. Но и здесь следует обратить внимание на определенную специфику,

¹ Rabault H. La constitution économique // Revue semestrielle de Droit constitutionnel compare publiée sous le haut patronage de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel et avec le concours du Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales (CRDET) de l'Université de Bordeaux. – Bordeaux, 2018. – N 34. – P. 209..

² Rabault H. La constitution économique de la France. – P. 712.

которая выражается в том, что французская Конституция, как и британская, первоначально была достаточно свободна в вопросах регулирования экономической политики, т.е. законодатель оставлял за собой право принимать те экономические меры, которые были, с его точки зрения, целесообразными в тот или иной промежуток времени.

Следует отметить, что создание Европейского союза и формирование и развитие новых общеевропейских принципов экономической деятельности повлияли и на взгляды У. Рабо. В работе 2018 г. он уже не только рассматривает экономическую конституцию Франции с точки зрения «конституционной практики», т.е. косвенно формируемой юристами-практиками при рассмотрении конкретных дел. «Действительно, если во Франции существует экономическая конституция, то это скорее результат конституционной практики, чем выражение доктрины, о которой действительно думали заранее. Одним словом, экономическая конституция Франции существует, но она остается в значительной степени неявной, она требует четкой формулировки юристов»¹.

С этой точки зрения концепция экономической конституции Франции направлена не только на прояснение экономического содержания конституции в формальном смысле, что является законной целью конституционного юриста, но и на более глубокое проникновение в правовое и экономическое единство всякого явления. В связи с этим, если в течение всего XX в. упор делался на структуру национальной экономики, сейчас вопрос об экономической конституции ставится, как уже было сказано, на глобальном или общеевропейском уровне.

В связи с этим актуально понимание «экономической конституции» как феномена, объясняющего идеальный экономический порядок, достижение которого возможно с помощью экономической политики. Именно поэтому концепцию экономической конституции следует рассматривать в качестве важнейшего инструмента, позволяющего проанализировать существующий экономический порядок и расхождения с «идеальными» категориями экономической конституции. То есть идеальный экономический порядок предстает как порядок, соответствующий природе, он отождествляется с естественными законами экономики². Подобный подход к экономической конституции отражает необхо-

¹ Rabault H. La constitution économique. – P. 211.

² Ibid. – P. 212.

димость интеграции национальных основ экономики с глобальной международной экономикой, он позволяет вывести экономические связи, от прецедентных (конкретных) до универсальных. Применительно к экономической конституции Франции этот подход должен проявиться в формировании законодательной базы, которая позволит определить основные границы экономической свободы, возможности вмешательства государственных органов и характер подобных вмешательств.

3. Особенности современной экономической конституции Франции

Действующая Конституция Франции была принята 4 октября 1958 г. Она пришла на смену Конституции 1946 г., которая в преамбуле содержала определенные предпосылки «экономической конституции». Следует отметить, что профессор У. Рабо положительно характеризовал проект Конституции 1946 г., указывая, что он был примером конституционного регулирования экономических, трудовых и иных прав и примером проведения разграничения между свободами и экономическими и социальными правами. Проект Конституции 1946 г. фактически включал программу реальной экономической конституции, которая подразумевала, в частности, конституционализацию важных положений трудового права. В ст. 26 проекта говорилось, что «каждый человек обязан работать и имеет право на труд» (абз. 1), т.е. подразумевался способ идеализации работы, характерный для статуса «гражданин-производитель». Этот постулат нашел конкретное выражение в законодательстве, касающемся «рабочего времени и условий труда» (ст. 27), «права на справедливое вознаграждение» или «ресурсов, необходимых для достойной жизни» (ст. 28), «права на отдых и досуг» (ст. 29), участие «работников» в «управлении бизнесом» (ст. 31)¹.

Но в итоге основные прогрессивные положения были удалены из основного текста Конституции 1946 г. и прозвучали частично только в преамбуле. Конституция 1946 г., с одной стороны, имела прогрессивный характер, объединяя опыт Веймарской конституции и итальянский конституционный опыт, а также опыт советского

¹ Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction. – P. 226.

планового хозяйства, но при этом она не была «правильной конституцией»¹, так как не содержала механизмов, позволяющих ее применять. Все это привело к тому, что текст Конституции 1946 г. был лишен эффективного экономического содержания вследствие неопределенности правовой процедуры. Конституция 1958 г. еще далее ушла от идеи реальной экономической конституции, по сути представляя собой только организационный документ о государственном устройстве Франции. Послевоенное время, экономическая рефлексия, определенная социальная неустроенность – все эти и другие предпосылки, определили первоначальную цель действующей Конституции Франции 1958 г., которая состоит не в установлении определенного экономического порядка, а в подчинении решения экономических вопросов политической власти. У. Рабо отмечает такое свойство экономической конституции Франции, как ее экономический нейтралитет и проявление традиционной для Франции централизации, в силу которой законодатель наделен широкими дискреционными полномочиями для проведения национальной экономической политики².

Действующая французская Конституция обладает таким свойством, как экономический нейтралитет, это означает, что конституционный текст не содержит четких экономических дефиниций, но при этом определяет юридические границы вмешательства тех или иных органов государственной власти в экономическую деятельность общества. Статья 34 Конституции Франции 1958 г. поручает законодателю общее структурирование экономики через основополагающие принципы, режим собственности, трудовое право и нормы, касающиеся основных гарантий, предоставляемых гражданам для осуществления публичных свобод. Идеи этой конституции соответствуют, по мнению профессора У. Рабо, полуэкономическому и социальному законодателю³. Еще одна характерная черта «экономического нейтралитета» Конституции связана с тем, что проведение экономической политики сосредоточено во Франции почти исключительно на центральном уровне. Высокая степень централизации экономической политики во Франции подкрепляется традиционной практикой массового делегирования мер

¹ Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction. – P. 227.

² Mongouachon C. Les débats sur la Constitution économique en Allemagne. – P. 306.

³ Rabault H. La constitution économique de la France. – P. 733.

экономической политики национальному исполнительному органу, которая восходит к межвоенному периоду (особенно в отношении контроля цен или фискальных мер).

Централизация административных полномочий должна если не способствовать формированию единого текста экономической конституции, то хотя бы стать предпосылкой к созданию универсальной правоприменительной практики, которая выполняла бы роль прецедентной экономической конституции, формируя основные принципы экономики Франции.

Следует подчеркнуть, что, по мнению У. Рабо, современная экономическая конституция Франции – это констатация конкретного экономического порядка, т.е. реальная экономическая конституция, которая тем не менее формирует свои правовые основы вне конституции в формальном смысле. Французская экономическая традиция подразумевает в этом смысле эффективную экономическую конституцию особого характера, выраженную, в основном, повторяя, в формах административных институтов и административного права. Эта экономическая конституция, однако, взята не из конституционных текстов, а из практики и истории национальных институтов¹. Но при этом не следует забывать, что Франция, являясь членом Европейского союза, подвержена влиянию общеверховского права, которое основано не на идее администрирования, а на формировании системы правил экономики, универсальных (по большей мере) для всех участников данного сообщества, построенных на общности интересов, а не на экономическом процветании отдельных государств – участников Европейского союза.

4. Парадокс экономических и социальных прав

В соответствии со ст. 1 Конституции 1958 г. Франция – социальная республика. Эта формулировка следует из общего принципа экономического нейтралитета французской Конституции и определяет особенности реализации социальных прав в сочетании с экономическими правами. Следует отметить, что подобная характеристика Франции не только обоснована историей развития французской государственности (свержение монархии, Великая французская буржуазная революция и т.п.), но и определяет спе-

¹ Rabault H. La constitution économique de la France. – P. 734.

цифику взаимодействия государственных структур при реализации своих властных полномочий по формированию основных принципов экономического устройства Франции. У. Рабо предлагает рассмотреть этот феномен с трех позиций: 1) анализа того, как социальные и экономические права с юридической точки зрения способствуют нейтрализации основных прав; 2) с точки зрения определения правовых последствий реализации экономических и социальных прав; 3) с точки зрения теории «парадоксальных функций» экономических и социальных прав¹.

Первый концептуальный вопрос связан с определением возможности социальных и экономических прав ограничивать основные права человека. Здесь уместно воспользоваться компаративистским подходом. Так, в Основном законе ФРГ признается социальным государством (абз. 1 ст. 20). Вместе с тем устанавливается, что «конституционный порядок земель должен соответствовать принципам республиканского, демократического и социального правопорядка в значении настоящего Основного закона» (абз. 1 ст. 28). Такая формулировка является достаточно общей и не позволяет осуществить ее непосредственное применение для регулирования и защиты нарушенных прав, вне зависимости от места (земли), где имело место нарушение соответствующего договора. Поэтому для их реализации необходимо принятие федерального закона, который и будет раскрывать должным образом механизм реализации основных прав и их защиты. Складывается принцип, в соответствии с которым конституция не содержит конкретных субъективных прав, она определяет механизм их регулирования и защиты. В Конституции Франции этот принцип звучит как «социальная оговорка государства», т.е. Конституция не содержит перечень конкретных прав, но определяет допустимое вмешательство государства в частные, в том числе и экономические права. Право собственности может быть ограничено в интересах общественной пользы, следовательно, социальные права устанавливают границы экономических прав, а в совокупности социальные и экономические права ущемляют фундаментальные права. Например, гарантируется свобода собраний как фундаментальное право, но при этом презюмируется принцип невозможности собираться по вопросам, противоречащим положениям Кон-

¹ Rabault H. Une «république sociale»? Le paradoxe des droits «économiques et sociaux» // *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*. – Torino: G. Giappichelli editore, 2015. – P. 134.

ституции как Основного закона, гарантируется право на жилище, но при этом нигде не закреплена обязанность государства предоставить это жилище либо так сформировать экономические условия, чтобы гражданин мог самостоятельно реализовать свое право на приобретение в наем или в собственность жилья. Таким образом, совокупность экономических и социальных прав как бы противостоит фундаментальным правам и нейтрализует их возможную реализацию.

Второй аспект, который анализирует У. Рабо, это правовые последствия реализации социальных и экономических прав. Во Франции начиная с Конституции 1946 г. складывается тенденция наращивания прав и свобод человека. Так, например, в преамбуле предусматривались права и свободы человека, закрепленные в Декларации прав человека и гражданина 1789 г., при этом устанавливались и иные права в соответствии с действующими положениями Конституции. Создавалось впечатление, что объем прав человека и гражданина увеличился, что, несомненно, подтверждает социальную приверженность Французской Республики. И это, безусловно, так и было. Следует указать на три основных права: право на труд, право на собрания и, наконец, право на образование. Можно сказать, что это ключевые права, но именно их конституционная формулировка в качестве фундаментальных прав и породила определенные технико-юридические проблемы интерпретации и применения. Так, по мнению У. Рабо, возникает проблема различия между правами-свободами и правами-претензиями. Юридическая концепция закрепляет одновременно право и его защиту. Определен концепт возможных последствий при нарушении того или иного права, т.е. законодатель ограничивает рамки возможного вмешательства государства при нарушении тех или иных прав, и, по мнению Рабо, это проще, чем каждый раз заставлять государство действовать. Если говорить о правах-претензиях, то их гарантии зависят от множества параметров, что делает их правовую защиту неопределенной. Например, право на неприкосновенность имущества, права на здоровье, образование, работу и т.д. просто в качестве соответствующих положений закона не предоставляют достаточной юридической защиты. Защита этих прав и их реализация предполагают сочетание не только юридических и политических, но также экономических и финансовых условий. Поэтому эти права отвечают по своей характеристике экономическим и социальным правам, так как их применение подразумевает экономический подтекст (а именно предоставление необходимых финансовых гарантий со стороны государства для

реализации, например, права на образование и труд), в противном случае можно говорить о том, что нереализация права-претензии порождает «дебиторскую задолженность»¹ государства перед обществом.

Наконец, третий аспект – это парадоксальные последствия «экономических и социальных прав». Важным примером является «право на жилище», конституционная ценность которого была признана Конституционным Советом в 1995 г. (Décision n° 94-359 DC). Юридическая ценность этого права оправдывает установление законом принципа «принудительного права на жилище». То есть, предусматривая в тексте Конституции 1958 г. право на жилище, законодатель не предполагал, что к 1995 г. необходимо будет гарантировать государственную поддержку реализации этого права. Конституционный Совет Франции указал, что любое ущемление конституционного права, ведущее к деградации личности, недопустимо, также было отмечено, что каждый имеет право на достойное жилье, в связи с чем законодатель может дополнить, изменить существующие законы в целях гарантирования соблюдения конституционного права².

Таким образом, представлен пример решения экономических проблем, вызванных «жилищным кризисом», в строго правовой форме. На защиту не имеющих механизма реализации конституционных деклараций приходит юридическая практика, которая создает основу для возможных дальнейших изменений законодательства, отражающих актуальные экономические тенденции, складывающиеся в обществе. Всё взаимосвязано, фундаментальные права при их реализации приобретают признаки социальных и экономических прав. Экономические и социальные права в отрыве от фундаментальных прав представляют собой умелые инструменты в руках политической элиты, с помощью которых она вольна управлять обществом, устанавливая ограничения основных прав и свобод, определяя случаи и объемы своего вмешательства в хозяйственную сферу общества.

Одним словом, понятие «социальная республика» переводит открытое дискреционное пространство в экономической политике в конституционное прецедентное право³.

¹ Rabault H. Une «république sociale»? Le paradoxe des droits «économiques et sociaux» // *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*. – Torino: G. Giappichelli editore, 2015. – P. 138.

² Ibid. – P. 143.

³ Ibid.

5. О финансовой (фискальной) стороне экономической конституции

Если говорить о вопросах финансовой стороны экономической конституции, то они укладываются в концепцию обеспечения экономического процветания не только государства как политической элиты (главная роль), но и всего общества – основы государственного экономического благополучия (второстепенная роль). И здесь профессор У. Рабо указывает на то, что наиболее ярко применение экономического законодательства проявляется на примере налогов. Поскольку именно налоговая система представляет собой основной источник финансовой стабильности государства, именно налоговые льготы и ограничения позволяют определить справедливость и исполнимость властных указаний в части общеобязательной фискальной повинности. Определенность налогового законодательства, вырабатывание прецедентного права в сфере налоговых отношений позволяют говорить о сбалансированной экономической ситуации и применимости норм экономической конституции. Изучая налоговую систему как часть экономической конституции Франции, У. Рабо останавливается на трех основных моментах: 1) судебный процесс по налоговым спорам; 2) новая характеристика налоговой системы – трансграничность; 3) дальнейшее развитие фискальной системы в рамках концепции экономической конституции Франции.

Если говорить о судебных процессах, то, по мнению У. Рабо, в отличие от уголовных процессов, направленных на установление справедливости и привлечения к ответственности и наказанию виновных, судебные процессы в налоговой сфере чаще всего показывают на слабые места в системе налогового законодательства, которые провоцируют или создают благоприятную среду для различного рода мошенничества и злоупотребления правами. Другими словами, судебный процесс по налоговым спорам направлен на выявление патологий налоговой системы Франции¹. При этом формирование прецедентов в сфере налоговых споров должно показать имеющиеся недостатки налоговой системы и определить возможные пути их устранения. Следует отметить, что в налоговых спорах очень сложно применяется биполярная правовая концеп-

¹ Rabault H. La frontière comme source de litiges en droit fiscal: quelques effets de la déterritorialisation en matière fiscale // Grenzenüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion. – Saarbrücken: Editions juridique franco-allemandes, 2016. – P. 143.

ция, не всегда можно определить кто прав, а кто виноват, кто действует по закону, а кто его нарушает. И это связано со многими факторами. В качестве примеров профессор У. Рабо рассматривает четыре судебных дела, которые иллюстрируют те или иные проблемы налоговой системы Франции.

Первое дело связано с оспариванием табачными компаниями введения повышенных налоговых ставок в отношении табачных изделий. Это дело является доктринальным примером беспомощности налогоплательщика в сопротивлении законодательным императивам государства, которые не только привели к сокращению оборота соответствующей продукции и падению доходов, но практически послужили основанием к большому числу банкротств предприятий этой сферы и росту безработицы в отдельных регионах Франции (чаще всего приграничных).

Второе дело связано с определением обязанности уплаты налогов (корпоративного и профессионального налогов) организацией, зарегистрированной за пределами Франции (в офшорной зоне), но осуществляющей деятельность на французской территории. Это дело в первую очередь является образцом трансграничности налоговых споров и определяет наиболее успешный вариант решения подобных ситуаций путем заключения межправительственных соглашений по определению порядка налогообложения.

Третье дело, касается конкуренции национального и европейского налогового права (в части применения «архаичного» профессионального налога). Но в данном споре решение было в пользу применения внутреннего национального налога в ущерб общеевропейским налоговым принципам.

Четвертое дело – о трансграничности осуществления предпринимательской деятельности и, соответственно, акцессорности фискальной повинности. Лицо обязано платить налог на бизнес не в том государстве, гражданином которого оно является, а в том, где осуществляет приносящую доход деятельность. Именно в этом примере европейское законодательство одержало вверх над национальным законодательством Франции¹.

Таким образом, профессор У. Рабо еще раз подчеркивает необходимость придания судебному процессу в сфере налогов практикообразующего характера, т.е. судебный процесс должен быть

¹ Rabault H. La frontière comme source de litiges en droit fiscal: quelques effets de la déterritorialisation en matière fiscale // Grenzenüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion. – Saarbrücken: Editions juridique franco-allemandes, 2016. – P. 147–151.

ареной для предварительных споров в части формирования рабочей системы налогообложения, в противном случае он будет выполнять роль эпифеномена.

При рассмотрении трансграничности как новой характеристики налоговой системы, которая связана с детерриториализацией общества, У. Рабо¹ называет тенденцию экономической или трудовой миграции населения. Выделяются два основных дискуссионных вопроса: первый – это технические ошибки, которые могут быть достаточными основаниями для начала судебного процесса, возникающие в связи со сложностью определения налоговой базы при осуществлении предпринимательской и иной хозяйственной деятельности на территории нескольких государств. Эти ошибки вполне могут иметь место, и, по мнению У. Рабо, именно они должны устраняться в судебном порядке, поскольку в этом и заключается основная роль судебной системы: определение виновных и устранение выявленных нарушений, либо наказание за совершенные правонарушения. Второй дискуссионный вопрос – это возложение на суды несвойственной им функции, а именно: защиты финансовой состоятельности определенного государства посредством вынесения соответствующих судебных решений, присуждающих налоги тому или иному государству в зависимости от заинтересованности и лоббирования.

При этом автор не считает выходом из сложившейся ситуации применение так называемого «налога на выезд», когда лицо, уезжающее на заработки в другую страну, должно оплатить Франции некое подобие отступного или недополученной прибыли, другими словами, оплатить свою экономическую свободу выбирать место и вид трудовой и предпринимательской деятельности. Невозможно подобными действиями со стороны государства ни удержать потенциального налогоплательщика, ни восстановить государственную казну. Профессор У. Рабо считает, что только формирование единой системы налогообложения, прозрачной и контролируемой, построенной на балансе интересов не только государственных институтций, но и самих налогоплательщиков, позволит достичь желаемого экономического и финансового равновесия. Но в настоящее время эта система построена лишь фрагментарно посредством отдельных соглашений, которые устанавливают налоговые режимы в

¹ Rabault H. La frontière comme source de litiges en droit fiscal: quelques effets de la déterritorialisation en matière fiscale // Grenzenüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion. – Saarbrücken: Editions juridique franco-allemandes, 2016. – P. 151.

конкретных ситуациях, чаще всего для определенного круга лиц, в связи с чем нельзя говорить ни о формировании прецедентного права в сфере международных налогов, ни о поступательном движении к формированию единой международной налоговой системы. В том числе необходимо отказаться от таких явлений, как «налоговые гавани», которые будут дестабилизировать международные договорные отношения в сфере налогообложения, нарушая основные принципы добросовестности, взаимности и эквивалентности интересов участвующих сторон¹.

Подводя итог данному разделу, имеет смысл отметить, что, анализируя действующие внутригосударственные налоговые системы, в том числе и французскую, У. Рабо определяет, что, в рамках детерриториализованного государственного и общественного устройства, все важнейшие элементы налоговой системы, такие как налогоплательщик, налоговая база, государство теряют непосредственную привязку к территории. Из этого следует, что необходимо искать иные инструменты для упрочнения стабилизации налоговой системы, действующие сейчас «моральные мотивы» (налог на выезд) не выполняют своей роли, не удерживают ни действующих, ни потенциальных налогоплательщиков ни в границах Франции, ни в пределах национальной налоговой системы. Только коллективный межгосударственный подход к решению настоящей задачи позволит реализовать единые принципы построения налоговой системы, включающие в себя баланс интересов всех участников данного процесса, как государств, так и налогоплательщиков, устанавливая паритетное распределение налогов между национальными государствами налогоплательщиков и государствами, в которых они осуществляют свою профессиональную, трудовую или предпринимательскую деятельность. Только в этом случае фискальная система может соответствовать современным реалиям.

¹ Rabault H. La frontière comme source de litiges en droit fiscal: quelques effets de la déterritorialisation en matière fiscale // Grenzenüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion. – Saarbrücken: Editions juridique franco-allemandes, 2016. – P. 154.

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ ЦИФРОВОЙ ЭПОХИ

Ежегодник Вып. 1

Оформление обложки И.А. Михеев

Техническое редактирование
и компьютерная верстка К.Л. Синякова
Корректор О.В. Шамова

Гигиеническое заключение

№ 77.99.6.953.П.5008.8.99 от 23.08.1999 г.

Подписано к печати 15 / XI – 2020 г.

Формат 60x84/16 Бум. офсетная № 1 Печать офсетная

Усл. печ. л. 11,25 Уч.-изд. л. 10,5

Тираж 300 (1–100 экз. – 1-й завод) Заказ № 86

**Институт научной информации
по общественным наукам Российской академии наук (ИНИОН РАН)**

Нахимовский проспект, д. 51/21, Москва, 117418

<http://inion.ru>, https://instagram.com/books_inion

**Отдел маркетинга и распространения
информационных изданий**

Тел.: +7 (925) 517-36-91, +7 (499) 134-03-96
e-mail: shop@inion.ru

Отпечатано по гранкам ИНИОН РАН

ООО «Амирит»,
410004, Саратовская обл., г. Саратов,
ул. Чернышевского, д. 88, литер У