



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Vin Yu. Ya.
**The Concept “Res Publica” and Its
Reception in Byzantine Law:
Transliterations**

Цепов Г. В.
**О некоторых проблемах применения
принципа справедливости во внутренней
деятельности хозяйственных обществ**

Макарова Р. В.
**Догматическое и политико-правовое
обоснование защиты позитивного
интереса при взыскании убытков
при нарушении договора**

Абрамова Е. Н.
**Нормы морали и нравственности как
фундамент развития законодательства
о цифровой экономике**

2023 № **1(15)**

ISSN 2686-7834

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

РАЗУБАЕВ Николай Викторович, доктор юридических наук, профессор, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

ЕСКИНА Людмила Борисовна, профессор, доктор юридических наук, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

КИРИЛЕНКО Виктор Петрович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ЛУКОВСКАЯ Дженевра Игоревна, доктор юридических наук, профессор, почетный профессор Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

МОГИЛЕВСКИЙ Станислав Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор, директор Института права и национальной безопасности, заслуженный юрист РФ, Москва

МОЛОТНИКОВ Александр Евгеньевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, Москва

ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

ПОПОНДОПУЛО Владимир Федорович, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

СЕРГЕВНИН Сергей Львович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ХОХЛОВ Евгений Борисович, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III, г. Мадрид

Кармен Перес ГОНСАЛЕС, доктор философии в области права, профессор публичного международного права и международных отношений, заместитель декана по международному сотрудничеству и академическим обменам, Университет им. Карлоса III, г. Мадрид

Киммо НУОТИО, профессор уголовного права, Университет г. Хельсинки, Финляндия

Бьярн МЕЛКЕВИК, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2023

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2023

© Все права защищены.

Содержание

- 4 От главного редактора
ПЕРСПЕКТИВЫ ИНТЕГРАТИВНОГО ПОДХОДА В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА
И ОТРАСЛЕВЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУКАХ

СТАТЬИ

- 8 **YURY YA. VIN**
THE CONCEPT “RES PUBLICA” AND ITS RECEPTION IN BYZANTINE LAW: TRANSLITERATIONS
- 28 **ЦЕПОВ Г. В.**
О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПА СПРАВЕДЛИВОСТИ ВО ВНУТРЕННЕЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ
- 36 **BU YANGYANG**
THE PROTECTION OF THE DEFENDANT’S RIGHTS IN CRIMINAL TRIAL BY DEFAULT — FROM THE
PERSPECTIVE OF DUE PROCESS
- 47 **АНДРЕЕВА Н. С.**
ГОСУДАРСТВЕННЫЕ КОМПАНИИ КАК ИСТЦЫ СОГЛАСНО ВАШИНГТОНСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1965 ГОДА
О ПОРЯДКЕ РАЗРЕШЕНИЯ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВАМИ
И ИНОСТРАННЫМИ ЛИЦАМИ
- 56 **ФУРМАН Ф. П.**
ПОНЯТИЕ СПРАВЕДЛИВОСТИ КАК ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВАЯ МИФОЛОГЕМА
- 60 **ГРИГОРЬЕВ П. А.**
СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ОБУСЛОВЛЕННОСТЬ УГОЛОВНЫХ ЗАПРЕТОВ В СФЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ
РЕГИСТРАЦИИ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ
- 69 **МАКАРОВА Р. В.**
ДОГМАТИЧЕСКОЕ И ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЕ ОБОСНОВАНИЕ ЗАЩИТЫ ПОЗИТИВНОГО ИНТЕРЕСА
ПРИ ВЗЫСКАНИИ УБЫТКОВ ПРИ НАРУШЕНИИ ДОГОВОРА
- 87 **АХМЕТЬЯНОВ Д. В.**
СВОБОДА ТРУДА ОТ ДРЕВНЕЙШИХ ОБЩЕСТВ И ДО НОВОГО ВРЕМЕНИ
- 99 **ЛЮТОВА О. И.**
ПРИНЦИП САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ИСПОЛНЕНИЯ НАЛОГОВОЙ ОБЯЗАННОСТИ
В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ

ЭССЕ

- 106 **АБРАМОВА Е. Н.**
НОРМЫ МОРАЛИ И НРАВСТВЕННОСТИ КАК ФУНДАМЕНТ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
О ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКЕ
- 109 **СУШИЛЬНИКОВ И. С.**
КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ЭКСПЕРИМЕНТАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ РЕЖИМОВ
- 122 **СЕМЯНИКОВА Д. А.**
РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА СПРАВЕДЛИВОСТИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НОТАРИУСА

ПЕРСПЕКТИВЫ ИНТЕГРАТИВНОГО ПОДХОДА В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА
И ОТРАСЛЕВЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУКАХ

Очередной, уже пятнадцатый по счету номер журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» представляется примечательным в целом ряде отношений. Как легко сможет убедиться читатель, неуклонно растет число авторов публикаций и расширяется диапазон представляемых ими научных и учебных заведений. Так, наряду с нашими коллегами из Северо-Западного института управления, а также с учеными из Высшей школы экономики, сотрудничество с которыми становится доброй традицией, на страницах журнала опубликованы работы представителей научных школ Института государства и права РАН, Санкт-Петербургского государственного университета и Санкт-Петербургского государственного экономического университета.

Несмотря на изменение геополитической обстановки, мы прилагаем усилия для развития международных связей в целях максимального включения российского юридического дискурса в широкий интернациональный контекст. Результатом стала публикация статьи, любезно предоставленной Северо-Западным институтом политики и права (г. Сиань), привлекающей внимание к актуальным проблемам и ведущим тенденциям современной китайской юридической науки. Многогранной и разноплановой является также тематика исследований, размещенных на страницах журнала.

К числу наиболее интересных проблем, получивших свое освещение в настоящем выпуске, относятся рецепция категории *res publica* в византийском праве (Ю. Я. Вин), философско-правовые аспекты понятия справедливости (Ф. П. Фурман), эволюция принципа свободы труда в исторической ретроспективе (Д. В. Ахметьянов), проблемы реализации справедливости в деятельности участников отношений, регулируемых нормами гражданского права (Г. В. Цепов, Д. А. Семяникова), морально-нравственные основы законодательства о цифровой экономике (Е. Н. Абрамова), исполнение налоговых обязанностей в условиях цифровой трансформации имущественных отношений (О. И. Лютова), защита прав обвиняемого в уголовном процессе (Бу Яньян), а также многие другие вопросы.

Таким образом, на страницах журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» получает достаточно последовательную реализацию заявленное в свое время намерение стремиться к всестороннему исследованию феноменов правовой реальности в их системной взаимосвязи, руководствуясь фундаментальными философско-правовыми идеями и сложившейся постклассической парадигмой общей теории права¹. Одним из важнейших достоинств такого подхода является, по нашему мнению, его целостность (которую, если угодно, можно называть холизмом), позволяющая рассматривать насущные в практическом плане вопросы сквозь призму мировоззренческих установок, избегая тем самым досадной фрагментации правового познания, которая выступает яркой приметой современного «клипового» мышления, в том числе мышления юридического. Безусловно, целостность, о которой идет речь, не представляет собой попытку утверждения некоего «единственно верного» учения о праве, поскольку плюрализм правопониманий, особенно в плане их теоретико-методологических оснований, является неустрашимым и плодотворным свойством науки о праве.

Указанную особенность любых гуманитарных концепций справедливо отмечает А. В. Поляков: «Каждая теория находит свои аргументы и контраргументы. В конечном счете предпочтение той или иной теории отдается специалистами и читателями зачастую не целиком, а “по частям”; признаются не только и не столько сами выводы, сколько подходы к ним, не вся система аргументации, а те или иные аргументы, которые “встраиваются” в собственную картину мира, опирающуюся на определенные ценности, эстетику и психологию восприятия действительности»². Представляется, что предпосылки этого плюрализма миропониманий кроются в самой онтологической структуре реальности, каждый регион которой, будучи относительно автономным, укоренен в различных видах познавательной, творческой и практической деятельности субъектов, конституирующих соответствующие регионы, исходя из сущностных характеристик последних.

Вот почему не только в науках о культуре, предметным планом которых выступает сфера духовных явлений, но также в математике и в иных отраслях точного знания, использующего метаязык, пригодные для описания природных объектов, проблема аксиоматических оснований остается нерешаемой в силу наличия парадоксов, связанных с неопределенностью любой полностью формализованной теории. Долгое время подобные парадоксы, ограничивающие эффективность основных метаматематических концепций (например, знаменитые парадоксы лжеца и брадобрея, сформулированные еще античными логиками, а также парадокс трансфинитных множеств, ставший специфическим выводом из наивной теории множеств Г. Кантора), рассматривались в качестве либо софизмов, либо чисто технических несовершенств, устраняемых по мере дальнейшей формализации метаматематических высказываний. Как известно, одним из первых ученых, предложивших развернутую программу такой формализации, был Д. Гильберт³.

¹ См.: *Разуваев Н. В.* Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2019. № 1. С. 6.

² *Поляков А. В.* Принцип взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву. Труды Института государства и права РАН, 2021. Т. 16. № 6. С. 41–42.

³ См.: *Гильберт Д.* Основания геометрии. М.; Л.: Гос. изд-во технико-теоретической литературы, 1948. С. 366.

Последовательную попытку превращения метаязыка математики в набор формул, теоретически доступных любому, даже не сведущему в специальных проблемах, человеку, предпринял Никола Бурбаки, в знаменитом *opus magnus* которого содержалась амбициозная претензия, а точнее — известная психологическая установка на то, что чтение данного трактата «не предполагает в принципе никаких специальных математических знаний, а требует лишь некоторого навыка к математическим рассуждениям и некоторой способности к абстракции»⁴. Вскоре, однако, обнаружилось, что система Бурбаки, при всей продуктивности многих ее содержательных моментов, в целом потерпела явную неудачу. Это стало наглядным свидетельством невозможности последовательной аксиоматизации математического дискурса и устранения связи последнего с эмпирическими элементами, которые выступают, с одной стороны, источниками парадоксов, но с другой — конститутивными атрибутами метаматематики как формальных систем, сигнализирующими об их сущностной неполноте⁵.

Неслучайно в настоящее время основания математики в качестве раздела математической науки характеризуются комплементарностью конкурирующих исходных моделей (а именно системы аксиом Цермело — Френкеля, развивающих теорию множеств Кантора, гильбертовского формализма, логицизма Рассела — Фреге и конструктивистской теории), каждая из которых позволяет выводить те или иные частные теории, дополняющие множество других в едином континууме математических высказываний. Вероятно, особенно результативной подобная комплементарность оснований математики становится при исследовании так называемых рекурсивных функций, которые, получив первоначально свое раскрытие и обоснование в рамках конструктивистской метаматематики, в дальнейшем стали рассматриваться в качестве универсальных соотношений, применяемых для описания любых объектов, включая первичные элементы (так называемые буквы) математического алфавита⁶.

Аналогичным образом и в правовом познании неустрашимым свойством следует считать множественность конкурирующих правопониманий, взаимно дополняющих друг друга в контексте постклассической теории права. Сторонники последней небезосновательно полагают, что именно данная парадигма позволяет устранить извечное противоборство юснатурализма, нормативизма, социологического правопонимания и психологической школы права, согласовав постулаты перечисленных доктрин на принципиально новых теоретико-методологических основаниях⁷. Тем самым может быть обеспечена необходимая аксиоматизация юридико-научного дискурса, способствующая исследованию с единых позиций всего комплекса актуальных проблем, стоящих как перед общей теорией права, так и перед отраслевыми юридическими дисциплинами⁸.

Представляется, впрочем, симптоматичным и то обстоятельство, что поиски «интегративного правопонимания» особенно активно велись на рубеже нынешнего столетия, когда на волне разочарования в объяснительных возможностях марксистско-ленинской общей теории государства и права у многих теоретиков возникло непреодолимое искушение заменить ее чем-то столь же всеобъемлющим, но при этом не столь идеологически ангажированным. Со временем стало понятно, что конструирование «интегративного правопонимания» сопряжено со значительными трудностями, неслучайно даже такой активный приверженец данной идеи, как В. Г. Графский, в своих последних работах стал обращать внимание на непреодолимые препятствия на пути к утверждению юридического интегративизма⁹, вполне сопоставимые по своей эпистемологической значимости с математическими парадоксами.

Заметим, что такое стремление к устранению противоречий между конкурирующими теориями характерно не только для юриспруденции, но и для любых наук, и становится преобладающим на определенном этапе их развития. Чтобы убедиться в справедливости сказанного, достаточно привести ряд примеров, являющихся хрестоматийными. Так, существовавшая в римской юриспруденции классического периода конкуренция прокулианской и сабинианской школ, выступавших в функции релевантных для римской правовой традиции правопониманий, сменилась в начале постклассического периода поиском синтеза, результатом которого стало появление перечня наиболее авторитетных юристов (Гай, Ульпиан, Папиниан, Павел, Модестин), чьи суждения подлежали обязательному учету при рассмотрении дел в суде¹⁰.

С этим «позднеклассическим синтезом» в сфере юридического познания в истории античной лингвистики наглядно коррелирует последовательное согласование на более высоком уровне обобщения теоретических

⁴ Бурбаки Н. Теория множеств. М.: Мир, 1965. С. 19.

⁵ См. подробнее: Клини С. К. Введение в метаматематику. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2009. С. 58 и след.

⁶ См.: Мартин-Лёф П. Очерки по конструктивной математике. М.: Мир, 1975. С. 31.

⁷ См. об этом: Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. Правоведение, 2002. № 2. С. 4–16; Поляков А. В. Возможна ли интегральная теория права? Государство и право на рубеже веков: проблемы истории и теории. М.: Изд-во ИГиП РАН, 2001. С. 114–119.

⁸ Последовательная и весьма интересная в содержательном отношении попытка комплексного изучения отраслевой юридической проблематики с позиций постклассического правопонимания была предпринята в относительно недавно вышедшей в свет монографии В. Ф. Попондопуло. См.: Попондопуло В. Ф. Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация. М.: Проспект, 2021.

⁹ См.: Графский В. Г. О непреодоленных трудностях в создании интегральной юриспруденции. Журнал российского права, 2017. № 7. С. 19–24.

¹⁰ См.: Истоки и источники права: генезис и эволюция / под ред. Р. А. Ромашова. СПб.: Алетей, 2022. С. 261–262.

позиций аномалистов и аналогистов в учениях грамматиков IV–V вв. Диомеда, Харизия и Присциана¹¹. Аналогичные интегративные позиции были присущи в позднеантичную эпоху и философскому мышлению, находившемуся под определяющим воздействием неоплатонизма, ставшего результатом объединения и творческой переработки основных философских течений эллинистического периода (прежде всего, стоицизма, аристотелизма и среднего платонизма)¹².

Современная интеллектуальная ситуация во всех ее проявлениях также характеризуется мощным стремлением к выработке интегративных подходов путем согласования основных позиций конкурирующих теорий, что, на наш взгляд, обусловлено не столько «воздействием легковесных постмодернистских умонастроений», как полагают некоторые исследователи¹³, сколько объективной потребностью в появлении новых эпистемологических парадигм в век постмодерна. В особо продвинутых областях гуманитарного знания, таких как лингвистика и филология, рассматриваемая тенденция наметилась задолго до того, как дискуссии о постмодернизме встали на повестку дня, а именно еще в минувшем столетии, когда на все гуманитарные науки оказало мощное воздействие структуралистское движение.

Применительно к языкознанию основные положения структурализма были сформулированы в «Курсе общей лингвистики» Ф. де Соссюра, со всей отчетливостью выдвинувшего два положения. По мнению ученого, язык в каждый момент своего развития представляет собой систему произвольных знаков, иерархическое строение которой проистекает из принципа двойного членения языка. Кроме того, историческое развитие, приведшее к текущему состоянию системы, по мысли Соссюра, является нерелевантной для правильного понимания этого состояния, ибо, пользуясь излюбленной соссюровской метафорой, для описания ситуации, сложившейся на шахматной доске, не обязательно знать ходы, приведшие к этой ситуации¹⁴.

Представляется, что подобные утверждения были направлены на последовательную элиминацию человеческого фактора в языке. Ведь в каждый отдельно взятый момент шахматной партии позиция на доске может рассматриваться как объективная данность, несмотря на то, что сама эта позиция может являться результатом действия множества субъективных факторов, включая ошибки шахматистов. Эту идейную черту соссюровского объективизма резко критиковали сторонники лингвистического идеализма, разделявшие точку зрения В. фон Гумбольдта, полагавшего, что язык любого народа представляет собой чистый процесс, деятельность (*энергейя*), а не ее результат (*эргон*)¹⁵. Следовательно, для объяснения природы человеческого языка необходимо, прежде всего, учитывать исторические, социально-психологические и цивилизационные особенности языкотворческой деятельности, образующие внутреннюю форму языка¹⁶.

Несложно заметить несколько обстоятельств, принципиально важных для правильного понимания текущей ситуации, сложившейся в сфере правового познания. В самом деле дихотомия идеализма и объективизма в той или иной степени характеризует онтологическую структуру, существующую не только в языке, но и в любых культурных феноменах, включая право. Так же, как язык, право имеет двойственную природу, представляя собой, с одной стороны, творческую деятельность (*энергейя*), развертывающуюся в пространствах жизненного мира участников правовой коммуникации, с другой — упорядоченную совокупность (систему) знаков, конструирующих правовую реальность, а также ее отдельные феномены. В зависимости от исходных идейно-мировоззренческих установок в юриспруденции, как и в лингвистике, одни теоретики вставали на позиции бескомпромиссного идеализма, а другие — столь же бескомпромиссного объективизма.

Так, представители юснатурализма, представители психологической школы права, а также сторонники некоторых версий правового реализма видели в праве только деятельность¹⁷, в то время как нормативисты рассматривали право исключительно как систему, лишенную всяческого динамического измерения¹⁸. Между тем в той же лингвистике с появлением генеративных теорий языка указанная антиномия во многом утратила актуальность, поскольку стало очевидно, что язык в различных своих ипостасях выступает как система или как жизненный мир, представляя собой не механическую совокупность указанных ипостасей, но их онтологическое живое единство.

Как писал Э. Косериу, «утверждение, что язык — это исторический объект, не исключает описание и теорию. Описание, история и теория не находятся в антитезе, не противоречат друг другу, они взаимодополняют друг друга и составляют единую науку. В особенности же не исключают друг друга — с точки зрения объекта — описание

¹¹ См.: *Мажуга В. И.* Диомед и Харизий о лексической норме. *Colloquia classica et indo-europaeica. II.* Классическое и индоевропейское языкознание / под ред. Н. Н. Казанского. СПб.: Алетейя, 2000. С. 74–85.

¹² См. подробнее: *Лосев А. Ф.* История античной эстетики. Поздний эллинизм. Харьков: Фолио; М.: ООО «Издательство АСТ», 2000. С. 214.

¹³ *Графский В. Г.* Указ. соч. С. 20.

¹⁴ См.: *Соссюр Ф. де.* Курс общей лингвистики. Екатеринбург: Изд. Уральск. ун-та, 1999. С. 90.

¹⁵ См.: *Гумбольдт В. фон.* О различии строения языков и его влиянии на духовное развитие человечества. Гумбольдт В. фон. Избранные труды по языкознанию. М.: Прогресс, 1984.

¹⁶ О внутренней форме см., в частности: *Вайсбергер Л.* Родной язык и формирование духа. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: Эдиториал УРСС, 1993.

¹⁷ См.: *Тонков Е. Н., Тонков Д. Е.* Правовой реализм. СПб.: Алетейя, 2022.

¹⁸ См.: *Дидикин А. Б.* Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Томск: Изд-во Томского гос. ун-та, 2016.

и история; они несовместимы [только] как операции, то есть они являются различными операциями»¹⁹. Аналогичные соображения еще в 20-х гг. минувшего столетия высказывали представители кружка М. М. Бахтина, полагавшие, что язык (равно как и другие «идеологические» структуры) рассматривается в качестве объективной данности, обладающей чисто внешней принудительностью, лишь с точки зрения отдельного человека. С точки же зрения коллективной (то есть социальной в широком смысле) язык представляет собой творческое явление, подвижное и изменчивое в каждый момент времени²⁰.

Представляется, что по мере становления и развития постклассического правопонимания в теории права, а также в отраслевых юридических науках получает признание то обстоятельство, что право, учитывая его коммуникативную сущность, может рассматриваться в качестве *sui generis* языка. И подобно естественному языку, право в различных конкретно-исторических и социальных условиях может являться и системой знаковых средств, конструирующих правовую реальность, и жизненным миром индивидов, внутри которого разворачиваются процессы коммуникации, создающие право как систему. При этом нецелесообразно и контрпродуктивно, с исследовательских позиций, противопоставлять друг другу эти две ипостаси, решая достаточно схоластичный вопрос, какая из них является главной, а какая — второстепенной.

Представляется, что осознание сущностного единства системы и жизненного мира в правовом бытии обеспечит условия для сближения различных подходов к праву (как в плане общей теории, так и, что еще более важно, в отраслевых юридических доктринах), создав действенные предпосылки укрепления интегративного правопонимания в современной российской юриспруденции.

Николай Викторович Разуваев,
главный редактор

¹⁹ Косериу Э. Синхрония, диахрония и история (Проблема языкового изменения). Новое в лингвистике. Вып. 3 / под ред. В. А. Звегинцева. М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1963. С. 154–155.

²⁰ См.: Волошинов В. Н. (Бахтин М. М.) Марксизм и философия языка: основные проблемы социологического метода в науке о языке. М.: Лабиринт, 1993.

The Concept “Res Publica” and Its Reception in Byzantine Law: Transliterations*

Yury Ya. Vin, Institute of World History, Russian Academy of Sciences (Moscow, Russian Federation)
Candidate of Sciences (History), Senior Researcher; e-mail: hkn@igh.ras.ru.
ORCID 0000-0001-9904-4123

Abstract

The problem of reception of the concept “res publica” is complex and multifaceted. It has been thoroughly studied in relation to the period of the Middle Ages. The task of the author is to demonstrate, that the possibilities of applying the information approach to the field of cognitive surveying to reveal the content of receptions and Latin-Greek transliterations of the concept “res publica” with the help of the Expert System “Byzantine Law and Acts”. The comparisons of Greek translations and compilations with their Latin prototypes of Byzantine law prove: their compilations did not necessarily follow their prototypes in conveying the notion of “res publica”. It, as a rule, was replaced by other Greek concepts and word-combinations. For them, as well as their Latin prototypes, a certain semantic ambiguity is evident. Accordingly, the mediaeval Byzantine jurists felt the need to use the direct reception of the Latin concept “res publica”, in particular “rei publicae causa”. It served as the subject of attention and professional lawyers used this concept to interpret and explain the content of the sources of medieval Byzantine law. Noticeable discrepancies in the recording forms of the identified receptions and Greek transliterations of the concept “res publica” are probably due to individual characteristics of Medieval Byzantine lawyers and their professional qualifications. The direct borrowings of the concept “res publica causa” or its transliterations, revealed in medieval Byzantine law monuments, were purely terminological in most cases. It, if it is admissible, may be considered as a kind of cultural phenomenon.

Keywords: republic, respublica, res publica, res publicae, rei publicae causa.

Концепт «res publica» и его рецепция в византийском праве: транслитерации

Вин Юрий Яковлевич, Институт всеобщей истории РАН (Москва, Российская Федерация)
кандидат исторических наук, старший научный сотрудник; e-mail: hkn@igh.ras.ru.
ORCID 0000-0001-9904-4123

Аннотация

Проблема рецепции понятия «res publica» сложна и многогранна. Нельзя сказать того, что она применительно к периоду Средних веков досконально изучена. Задача автора — продемонстрировать с помощью Экспертной системы «Византийское право и акты» возможности применения информационного подхода в сфере когнитивных изысканий к раскрытию содержания рецепций и латинско-греческих транслитераций понятия res publica. Прделанные сопоставления с латинскими прототипами их греческих переводов и компиляций византийского права доказывают: компиляции вовсе не обязательно следовали своим прототипам в передаче понятия res publica. Оно, как правило, замещалось иными греческими понятиями и словосочетаниями. Для них, как и их латинского прототипа, очевидна определенная семантическая неоднозначность. Сообразно тому у средневековых византийских юристов проявляется потребность к использованию прямой рецепции латинского понятия res publica, в частности rei publicae causa. Оно служило предметом внимания профессиональных правоведов, которые использовали указанный концепт для толкования и объяснения содержания источников средневекового византийского права. Заметные расхождения форм записи выявленных рецепций и греческих транслитераций понятия res publica, вероятно, обусловлены индивидуальными особенностями средневековых византийских юристов и их профессиональной квалификацией. В большинстве случаев непосредственные заимствования понятия res publica causa или его транслитерации, выявленные в средневековых византийских памятниках права, носили сугубо терминологический характер. Его, если это допустимо, можно рассматривать в качестве некоего культурного феномена.

Ключевые слова: республика, respublica, res publica, res publicae, rei publicae causa.

* The shortened version of the article in Russian: *Vin, Yu. Ya.* The concept of “res publica” and its reception in Byzantine law: transliterations. Bulletin of the Volgograd State University. Series 4, History. Regional studies. International relationships. 2022. V. 27, No. 6. P. 310–338 DOI: 10.15688/jvolsu4.2022.6.20. The author expresses his deep gratitude for help to V. Z. Grigorjeva and E. I. Avakjan (SHPL)

A few damaged inscriptions preserve traces of laws the Sixth and Fifth Centuries, which reveal the presence of verbal forms resembling those that were central to later legislation, an illustration of some continuity in scribal practice.

D. J. Gargola

Introduction

The problem of reception of the concept “res publica” is extremely complex and multifaceted. At the same time, it cannot be said that this problem has been thoroughly studied, especially in relation to the period of the Middle Ages. In this light, the attempt of the author of these lines to characterize the reception of the concept “republic” by mediaeval Byzantine lawyers is quite justified. The modern understanding of the named concept is, directly or indirectly, based on the notions about the constitutional principles, applied to the structure of a republican state with an elected head. Such sight on the problem is often immediately guided by the archaic meaning of the concept “res publica” as an expression of the idea of “public thing”, or “matter”. In this view, the task of the author of these lines is more than modest: not to try to exhaust the vast and diverse scientific literature, that considers the problem of the “republic”, and works, that touch upon the vast problems of its reception, its semantics and sociocultural significance, associated with the concept “res publica”; in the foreground the aim is put to demonstrate with the help of the Expert System “Byzantine Law and Acts”¹ the possibilities of informational attitude in the field of cognitive studying to repeal the content of the receptions of the named concept. This publication is supposed to consider only the smallest segment of the identified problem, mediated by the analysis of the Latin-Greek transliterations of the concept “republic”.

First of all, it would like to be specifically noted that the accomplishment of the task, posed here, is unlikely to help even the fundamental works, which deal with the concept “res publica”, despite the fact that its reception is often considered in them, whether they are publications of V. Mager or his colleague M. Riedel², textbooks on jurisprudence³ and reference books⁴. **In our day, of course, the conceptual ideas about the birth of the “republicanism” have been further developed, reaching the level of the theoretical generalizations. They are directly related to the succession of European political and legal thought during the transition from Antiquity to Early Modern Age**⁵. From these positions the conception of A. V. Kharkhordin, defensor of the idea of perceiving the concept “res publica” as a designation of “public things” and “public affairs”, is too far off the subject of our survey. And the question is not at all that, the verbal forms of the named concept go through their semantics beyond the limits of their physical embodiment in the sphere of politics, which turned out to be monopolized by Justinian. This circumstance, according to A. V. Kharkhordin and his colleagues, who are not inclined to think otherwise in relation to Antiquity at least, prevents directly identifying the term “res publica” with the concept “state”⁶.

In this regard, of course, the work of A. Kaldellis “The Byzantine Republic”, which is based on the concept “polity”, cannot be ignored. The author of the above-mentioned work does not just categorically express the opinion that the Latin concept “republic” among the Byzantines is replaced by its equivalent, namely by the Greek concept “πολιτεία”⁷. According to this, the state system of Byzantium is actually equated with the Roman Republic. A. Kaldellis, referring to the topical problems, is actually limited himself to the most superficial equivocal declarations about the origins of scientific discussion, which initially accompanied the clarification of the essence of the concept “res publica”. The scholar unambiguously identifies the concept “res publica” and its Greek equivalent “polity” (“πολιτεία”): the latter is interpreted as “Byzantine Greek translation”⁸. And the matter is not even that the author of the book leaves in vain a different vision angle of the problem, being under study, according to which the Latin term is considered by specialists as a “translation” of the Greek concept polity”. Such interpretation allows scholars to correlate the terminology of European languages, which is also determined by the concept

¹ See: Website of the Project “Expert System «Byzantine law and acts»” (En) [Electronic resource]. URL: <https://en.byzlaw.ru>; <https://sites.google.com/view/enbyzlaw>; Website of the Project “Expert System «Byzantine law and acts»” (Ru) [Electronic resource]. URL: <https://www.byzlaw.ru>; <https://sites.google.com/view/byzlaw>.

² See: *Mager W.* Respublik. P. 549–651; *Mager W.* Spätmittelalterlich Wandlungen. P. 401–410. Also see: *Riedel M.* Gesellschaft, bürgerliche. P. 719–800; *Idem.* Gesellschaft, Gemeinschaft. P. 801–862.

³ See: *Efimov V. V.* Dogma of Roman law. 1901. 639 p.; *Khvostov V. M.* The system of Roman law. Common Part; *Grimm D. D.* Lectures on the dogma of Roman law, 1916; Lectures on the dogma of Roman law, 1919; Lectures on the dogma of Roman law, 2003; Full translation of Latin words and quotes from the Dogma of Roman law, 1908.

⁴ Guide to Latin in International Law. P. 254.

⁵ *Marey A. V.* The concept of res publica in European political and legal thought: from Ancient Rome to the 17th centuries. P. 19–75.

⁶ *Kharkhordin O. V.* Republic. Full version; *Idem.* The Republic, or the Case of the Public. Also see: *Idem.* Why “RES PUBLICA” is not a State: the Stoic Grammar and Discursive Practices in Cicero’s Conception. P. 221–245; *Idem.* Chapter Six. Res Publica and Res Publicae. P. 217–269; *Idem.* “Res publica”: the revival of interest, 2007. P. 83–96; *Idem.* “Res publica”: the revival of interest, 2009. P. 7–22; *Idem.* Why “RES PUBLICA” is not a State. P. 137–179.

⁷ *Kaldellis A.* The Byzantine Republic.

⁸ *Kaldellis A.* The Byzantine Republic, IX etc.

The represented list consists of 19 variants of transcription of the concept “res publica”, ascertained at the “Paraphrasis Institutionum” (“Institutiones”) of Theophilus Antecessor¹⁶, the Scholia in “Librorum Basilicorum LX”, the Scholia in “Ecloga Basilicorum”¹⁷, and some other compilations¹⁸ (APPENDIX 1).

To analyse the distribution of receptions and transliterations of the concept “res publica” in the named sources, it is a fundamental importance to exarticulate its borrowings, taking into account phrases and syntagmatic groups, represented in the form of short “quotes”, as they are denoted further, which identify the entry of the required word usage in the text. At closer examination of the revealed receptions and transliterations of the concept “res publica”, first of all, attention is drawn to the fact that almost all identified samples, regardless of the form of their writing, represent only one well-known legal formula “rei publicae causa”. It was used in Roman law to justify the absence of participants in a trial with the plausible by the appellations plea of public or, perhaps, state duties. They, in their turn, became an argument for the annulment of court decisions on claims. Unfortunately, the mentioned Latin legalism quite rarely became the object of study, remaining in conceptual studies, as a rule, at the periphery of the attention for most modern specialists¹⁹. Likewise, as a reasonable solution of the concerned problem, it is hardly justified to consider the separate and lapidary references on this subject, applied by scholars of past decades, including R. Stark and some his colleagues. Their famous works are edited in translation into Russian by O. V. Kharkhordin, who has involved some of their ideas on the notion “res publica” in his studies²⁰. Unless the coryphaei of today themselves “run ahead” in the studying the posed question. The fact that O. V. Kharkhordin correlates the term “res publica”, both in the above and in many other legal provisions, with the designation not of the “state”, in the proper sense of the word, but of its real rights, does not change the legal meaning of references on the formula “rei publicae causa”²¹. It seems to be fully disclosed in the previous publications of the Russian scholar, where this kind of system of recusal of legal claims is recognized by the author as a weighty premise in order to ask the question about the interpretation of the concept “res publica” to clarify its real essence. After all, the solution of this problem would prevent, as one can understand other statements by O. V. Kharkhordin on this subject, unconvincing interpretations of the concept “res publica”, even if R. Stark’s opinion is meant²². However, in reality, the “investigation” of the case comes to the end with the ambiguous statement that, due to its frequent use, the legal argument in question has served as a “sloganeering” since the late Roman Republic²³. In his turn, A. Kaldellis, who, having barely heard the “echo” of the ancient Roman term “rei publicae causa”, hurries to reproduce the corresponding statement, as if equally proclaiming the catchword: “This echoes the ancient Roman rei publicae causa”²⁴.

In any case, this term, for the reasons indicated above, was widely used in Roman and early Byzantine law, where it is especially often found in the “Digests” and the Code of Justinian. There this word usage, together with the lexises accompanying it, forms more than 40 variations of the expression, served for the mentioned justification. It is significant that the contextual word usage of direct receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa”, together with the distinctions of their written forms, increase their differentiation to 55 variants (APPENDIX 2). They, with two exceptions, as the textual search system of the ES “Byzantine law and acts” proves, are not repeated in subsequent compilations and, in fact, acquire a purely individual character.

Thus, 19 identified varieties of direct receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa” are represented in 57 entries in the texts. These borrowings of the ascertained term are dispersed in three sections of Theophilus Antecessor’s “Paraphrases of Institutions”, 30 sections of the Scholia in “Libros Basilicorum” and three sections of the Scholia to the “Ecloga Basilicorum”, as well as some other compilations, as it was said. Information about them is currently being refined, and therefore, in generalizing their consideration, of course, one cannot be satisfied only with statistical data. It is much more important to characterize the revealed direct receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa” in the thematic plan. Examining the content of the named concept from a given angle, it is impossible to give its plain definition, but the thematic analysis allows to clarify the nature of the use of the concept “rei publicae causa” and determine its semantic connotations in relation to the identified direct receptions and transliterations. Their content is predetermined by the conduct of public and state affairs, which implies, in particular, the “absence” of the defendant in court for a number of reasons, including trips outside the “state”, so to say, “on state affairs” (“absentia rei publicae causa”)²⁵. Thematically, the distribution

¹⁶ Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum.

¹⁷ Ecloga Basilicorum.

¹⁸ *Meijering R.* Προμαϊκὰ ἀγωγὰι; *Burgmann L.* Das Lexicon αἰσηθ.

¹⁹ For instance, see: *Williams R. S.* Rei Publicae causa. P. 25–38. Also see: *Lyasse E.* Le rapports. P. 580–605, esp. 597, n. 57. P. 594.

²⁰ *Stark R.* Res Publica. Additions of 1966. P. 261; *Drexler H.* Res Publica. In: Drexler, H. Res Publica. History of the concept. P. 138–139. As to publications of the translations of their works see, for example: *Stark R.* Res Publica Res Publica. History of the concept; *Suerbaum V.* Cicero: De re publica; and some others.

²¹ *Kharkhordin, O. V.* Republic. Full version. P. 34–35; *Idem.* Why “RES PUBLICA” is not a State. P. 240–241, esp. 240, n. 82; *Ibid.* P. 168–169, esp. 168, n. 26.

²² See: *Kharkhordin O. V.* Was RES PUBLICA a thing? 2007. P. 104; *Idem.* Was RES PUBLICA a thing? 2009. P. 54.

²³ См.: *Kharkhordin O.* Chapter Six. Res Publica and Res Publicae. P. 241–242 etc., 254, 256.

²⁴ См.: *Kaldellis A.* The Byzantine Republic. P. 51.

²⁵ See: *Khvostov V. M.* The system of Roman law. Family law. Inheritance law. Lecture notes, 1900. P. 45, 47, 53, 105; *Idem.* The system of Roman law. Family law. Inheritance law., 1909. P. 47, 49–50, 56, 112; *Efimov, V. V.* Dogma of Roman law. P. 585; *Grimm D. D.* Lectures on the dogma of Roman law, 1916. P. 392; *Idem.* *Grimm, D. D.* Lectures on the dogma of Roman law, 1919. P. 267; *Idem.* *Grimm D. D.* Lectures on the dogma of Roman law, 2003. P. 476.

of the identified receptions and transliterations to some, obviously insignificant, degree coincides with the distribution of the concept “πολιτεία”; but in comparison with it, the problem-thematic orientation of the identified direct receptions and terms, that act as a lexical correspondence to the concept “rei publicae causa”, is undoubtedly differed in a rather narrow range. This is firstly, evidenced by the appellations of the titles of the so named “Libri Basilici” and other compilations, which condition the connotation of the used concept “rei publicae causa” mainly by the functions of the “state”. The representatives of government had the authorities to regulate the property relations of the population, its production and economic activity, in particular, trade, the resolution of property quarrels at the level of administrative control by the middle and lower levels of the bureaucracy and the court instances. It was their work that became the basis for scholiasts to resort to receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa” in relation to the content of 17 titles the “Libri Basilici” and other compilations.

In this regard, for the general characterization of direct receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa”, it is also important to identify the relationship between sections of compilations. This problem in one or another way touches, of course, on Theophilus Antecessor’s “Paraphrases of Institutions”, which are closely related to Justinian’s “Institutions”. However, first of all, the raised question is connected with the “Libri Basilici” and their correlation with the prototypes in the Justinian legislation, mainly, as it turns out in the course of comparisons, with the “Digests” and the Code of Justinian. Summarizing the represented observations on the identified direct receptions and transliterations of the concept “res publica” in medieval Byzantine law, it is necessary to repeat: they come to one widely used legal term “rei publicae causa”, which aroused the keen professional interest of lawyers, apparently well aware of the scope of this legal formula in litigation for a some actional claims.

Theophili antecessoris “Paraphrasis Institutionum”

A special place among the made observations on the receptions of the term “rei publicae causa” is occupied by Theophilus Antecessor’s “Paraphrase of Institutions”, and not only because the indicated lexical units are represented as direct borrowings, which, by their nature, have a general cultural meaning. And if the assumption is correct that the lectures of Theophilus Antecessor were restored by his students²⁶, then the first confirmation of it is an incorrect form of transcription of very many receptions of Latin terminology. To some extent, this problem also concerns the term “rei publicae causa”. It should be emphasized, that its receptions, totaling 10 enters in the text, are included in the lexical composition of not scholia, but this very monument of legal thought. Here the receptions are concentrated, as is was noted, in three sections and represent only one variant of the direct Latin transcription of terminological word usage in the form “reipublicae causa”. Sometimes this is accompanied by inclusions of other transliterations in the Greek translation of the text. Thus there are seven quotations, that include this reception in the section “De exusationibus” of Theophilus Antecessor’s “Paraphrases of Institutions” (TAI.I.25.02):

- (1) “οἱ reipublicae causa ἀπόντες excusateύονται κηδεμονίας”;
- (2) “ἐν τῷ μεταξύ reipublicae causa ἀποδημήσας χρῆται μὲν excusationi”;
- (3) “ἄπεστι reipublicae causa”;
- (4) “ὑποστρέψας δὲ οὗτος ἐκ τῆς reipublicae causa ἀποδημίας εὐθέως ὑποβάλλεται τῷ τῆς ἐπιτροπῆς βάρει”;
- (5) “τὸ γὰρ τοῦ ἐνιαυτοῦ διάστημα τοῖς ὑποστρέψασιν ἀπὸ τῆς reipublicae causa ἀποδημίας δίδεται πρὸς excusationa ἤνικα τις ἐπὶ νεῶν καλεῖται κηδεμονίαν”;
- (6) “εἰ μὲν ἐπίτροπος ὢν reipublicae causa ἀποδημήσῃ”;
- (7) “εἰ δὲ μὴ ὢν ἐπίτροπος reipublicae causa ἀποδημήσῃ, εἴτα ὑποστρέψῃ, μετὰ δὲ τὴν ὑποστροφὴν κληθῶ ἐπὶ κηδεμονίαν ...”.

This section (TAI.I.25.02) is an extended paraphrase of the corresponding section of Justinian’s “Institutions” (I.J.I.25.02), where three quotations are used, which include the term “rei publicae causa”: “qui rei publicae causa absunt”; “deinde rei publicae causa abesse coeperunt”; “quatenus rei publicae causa absunt”.

Along with that, the text of the section “De actionibus” (TAI.IV.06.05) in Theophilus Antecessor’s “Paraphrases of Institutions” includes one quotation, which goes into particulars of the law enforcement concerning the procedures, stipulated by the term “reipublicae causa”: “ἂν γὰρ τις νεμόμενος τὸ ἐμὸν πρᾶγμα bona fide ἐν τῷ μεταξύ reipublicae causa ἀποδημήσῃ, οἷον διὰ πρεσβείαν, ἢ καὶ ὑπὸ τοὺς πολεμίους γένηται, καὶ ἐν τῷ μεταξύ, ἐν ὅσῳ ὁ μὲν ἀποδημῆι ὁ δὲ παρὰ τοῖς πολεμίους ἐστίν, ὁ τῆς usucapionος περαιωθῆι χρόνος, ὑποστρέψῃσι δὲ ὁ μὲν ἐκ τῆς ἀποδημίας, ὁ δὲ τοὺς πολεμίους διαφυγών, ἔξεστιν ἐμοὶ τῷ δεσπότῃ εἶσω ἐνιαυτοῦ μετὰ τὴν αὐτῶν ὑποστροφὴν ἀναπτυχθεῖσης ἤτοι ἀνατραπείσης τῆς usucapionος κινήσαι τὴν in rem”. This section (TAI.IV.06.05) is an extended paraphrase of the corresponding section of Justinian’s Institutions (I.J.IV.06.05), that uses three quotations with the term “rei publicae causa”: “qui rei publicae causa absunt”; “deinde rei publicae causa abesse coeperunt”; “quatenus rei publicae causa absunt”. To what has been said, the text of the section “De his per quos agere possumus” (TAI.IV.10)

²⁶ See: *Dozhdev D. V., Silvestrova E. V. Corpus Iuris Civilis*. P. 159; *Petrov A. V. Development of the doctrine of limited real rights to real estate in Byzantine jurisprudence after the codification of Justinian*. P. 153.

Theophilus antecessor's "Paraphrases of Institutions" needs to be added, which contains two quotations using the direct reception "reipublicae causa", namely quotation 9: "εἰ συνέβη τινὸς τῶν ὄντων παρὰ τοῖς πολεμίοις ἢ reipublicae causa ἀποδημούντων πράγματα κλαπῆναι, κινεῖν τὸν βουλούμενον τὴν furti ἀγωγὴν"; and quotation 10: "ὑποστῆ δὲ οὗτος κλοπῆν ἐμοῦ ὄντος παρὰ τοῖς πολεμίοις ἢ reipublicae causa ἀπόντος". This section itself (TAI.IV.10) is corresponded to an extended paraphrase of the section of Justinian's "Institutions" (I.J.IV.06.Pr.). There is only one quotation here, which includes the term "rei publicae causa": "qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent". This observations need, of course, to be compared with the general patterns, that are revealed in consideration of such compilations as the "Libri Basilici" and the Scholia to them.

“Librorum Basilicorum LX”

As to the "Libri Basilici", a significant part of their articles, considered with regard to the distribution of receptions and transliterations of the term "rei publicae causa" in Greek compilations, is represented at abbreviated invariants of the relevant sections in the monuments of Justinian legislation, first of all, as be already noted, the "Digests" and the Code of Justinian. Indeed, no direct receptions and transliterations of the concept "res publica" or the term "rei publicae causa" are found in the "Libri Basilici" themselves! However, some sections of them include, it should not be forgotten, other than "πολιτεία", Greek lexical expressions, which replace receptions and transliterations of the indicated terms in the text. As an indispensable argument, it is permissible to refer to one of the articles of the "Libri Basilici" (B.A.XXIII.03.017) in the title "On Interest, Fruits, Things" etc. ("Περὶ τόκων καὶ καρπῶν καὶ πραγμάτων καὶ πάσης προσθήκης καὶ υπερθέσεως"), which is an abbreviated paraphrase of the corresponding digest (D.XXII.01.007) in a analogous title (D.XXII.01.007) of "Digest" (D.XXII.01.007). There, in particular, significant terms are used, for example, "ex administratione rerum civitatum" (D.XXII.01.007.07) and "usuras rei publicae" (D.XXII.01.007.08), which should be considered as lexical prototypes terminology of the "Libri Basilici". However, here the first of the Latin terms is replaced by a metaphorical, in this case, expression "οἱ τὰ πολιτικὰ διοικήσαντες" (B.A.XXIII.03.017.07), the second one is completely omitted (B.A.XXIII.03.017.08). And the provision of the prototype, which includes the discussed term, "qui quod rei publicae causa afit vel ex alia causa iusta impeditus" (D.XXII.01.007.03) in the corresponding section of the "Libri Basilici" (B.A.XXIII.03.017.03), does not correspond fully to the clearly incomplete equivalent **word-combination** "δημοσία χρεία": "τὸ ἀπείναι διὰ δημοσίαν χρείαν καὶ πάντων τῶν ἐξ αἰτίας εὐλόγου ἀποκαθισταμένων".

In its turn the attention is required to the articles of the first title of 38th books of the "Libri Basilici" (B.A.XXXVIII.01), that is, the title "On the avoidance or justified (plausible) release of the tutor and curators" ("Περὶ ἀποφυγῆς ἡγῶν ἀπολύσεως εὐλόγου ἐπιτρόπου καὶ κουρατῶρων"), which corresponds to the first title of 27th book of the "Digest", "De excusationibus" ("On the release [from the duties of tutelage]") (D.XXVII.01). In particular, a comparison of the articles of the "Libri Basilici" (B.A.XXXVIII.01.010) and the "Digest" (D.XXVII.01.010), which, at first glance, does not give grounds for conclusions about direct lexical borrowing in the indicated section of the "Libri Basilici", because it is just represented as a paraphrase of the prototype, which nevertheless includes a quote that does not agree well with the text of the digest: "ὁ διὰ δημοσίαν ἀπολειθφεις αἰτίαν" (B.A.XXXVIII.01.010.Pr.), id est another invariant of the translation of the studied Latin concept. At the same time, it must be emphasized that the text of the similar section of the "Digest", being reproduced mainly in Greek, contains three terminological expressions of the type "ἡ δημοσία χρεία": one of them, which is accompanied by an indication of belonging to the "Roman people" (δῆμον Ῥωμαίων), is used in the introduction to this digest (D.XXVII.01.010.Pr.), the other two follow that in the first section (D.XXVII.01.010.01). It must be particularly noted the Greek quotation "δημοσίον ἔνικα πράγματος ἀπεδήμιον" (D.XXVII.01.010.02). The first three expressions can be interpreted as the Greek invariant of the Latin concept "res publica", and behind the last citation there is undoubtedly the term under study in the variant "rei publicae causa afituisse".

The observations, made above, prompt to specifically recall the concept "τὸ πρᾶγμα δημόσιον", which — and this is recognized by experts regardless of the differences in their interpretation of the term "res publica" — replaced the Latin prototype²⁷. Substitutions by such Greek lexical correspondence of the term "res publica" in the "Libri Basilici", despite the fact that literal samples of a replacement in kind are not quite adequate, are systematically found in translations of the concept "rei publicae causa", say: "μέλλει διὰ πρᾶγμα δημόσιον ἄκων ἐπὶ πολὺν χρόνον ἀποδημεῖν", literally: "the forced because of public thing is going to leave for a long time" (B.A.XII.01.016) - "qui rei publicae causa diu et invitus sit afiturus" (D.XVII.02.016.Pr.). The terminological substitution is just as clearly indicated in the comparison of the quotations of the "Libri Basilici" and the "Digest": "οἱ ... ἀπόντες διὰ πρᾶγμα δημόσιον καὶ οἱ μὴ δυνάμενοι ἐλθεῖν", literally: "the ... absent due to public thing and unable to come" (B.A.XXI.01.007) — "qui cum magister rei publicae causa absunt vel quibus venire non licet" (D.XXII.05.008). It is also specified in the corresponding scholium to the "Libri Basilici" (B.B.XXI.01.007.Pa.001): "... οἱ μετὰ τινος ρεῖι πουβλικαε καῶσα ἀπολιμπανόμενοι οὔτε οἷς παραγενέσθαι μὴ ἔξεστιν ἄκοντες ...".

Along with this, the article of the "Libri Basilici" (B.A.XXXVIII.01.040) should be noted. It presents a paraphrase of the relevant digest (D.XXVII.01.041), where section (D.XXVII.01.041.02) includes the studied term, namely the quotation "res publica causa absunt". In response to this, in particular, the section (B.A.XXXVIII.01.040.02) contains the Greek lexical correspondence to the Latin term in the citation: "οἱ σύνεδροι τῶν διὰ δημόσιον πρᾶγμα ἀπόντων ...", literally: "Assessors, absent

²⁷ See: *Audier S.* Les Théories, 7; *Kaldellis A.* The Byzantine Republic, 43–44.

because of official thing...". The scholium to the "Libri Basilici" (B.B.XXXVIII.01.040.Pb.001), including additional clarifications to the corresponding section of the "Libri Basilici" (B.A.XXXVIII.01.040.02), contains a quotation with a Latin reception "οἱ ... σύνεδροι καὶ ῥεῖpublicae causa ἀπειναι". It serves as an additional confirmation of the Latin and Greek lexical-terminological correspondence.

The principle of lexical replacement of the term "rei publica causa" is implemented in a similar way in a number of subsequent articles "Libri Basilici". So, in one of them, in its initial section, two quotations are represented in two variants of lexical substitution, namely "διὰ δημόσιον πρᾶγμα" и "διὰ πρᾶγμα δημόσιον". They underlie the relevant citations: "ἐξ ὅσον μὴ ἀποδημεῖ διὰ δημόσιον πρᾶγμα ..." (B.A.XXXVIII.01.044.Pr.) — "quoad rei publicae causa non abierit ..." (D.XXVII.01.045.Pr.); "ἐὰν ἀρξάμενος διοικεῖν ἀπολειφθῆ διὰ πρᾶγμα δημόσιον", literally: "if the one who was left to govern public thing" (B.A.XXXVIII.01.044.Pr.) — "deinde rei publicae causa abesse" (D.XXVII.01.045.Pr.). And in the first section of the same article of the "Libri Basilici", the quotation, partially repeating the previous one, is based on the second invariant of the lexical replacement of the prototype: "ἐὰν ἀπολειφθῆ διὰ πρᾶγμα δημόσιον ..." (B.A.XXXVIII.01.044.01) — "cum rei publicae causa abierit ..." (D.XXVII.01.045.01). The cited examples, it must be said, find their explanation in the scholia to this article of the "Libri Basilici" (B.B.XXXVIII.01.044), which, in view of their special originality, so as not to be repeated, will be considered in more details later.

Even more demonstrative maxim "ἡ διὰ πρᾶγμα δημόσιον ἀποδημία ..." literally: "absence due to public thing" (B.A.XXXVIII.01.047) — "...qui rei publicae causa aberat ..." (CJ.V.36.001.Pr.). Here, as well as in the previous examples, it is quite appropriate to draw on the information of the scholia to the "Libri Basilici" (B.B.XXXVIII.01.047.Pb.001), that was created, of course, with a good knowledge of the issue. It, despite the fact that it is a short replica, includes a quotation with Greek transliteration "τοῦ ἀποδημούντος ῥεῖpublicae causa παύεται τῆς διοικήσεως". And this scholium reinforces the fact of Latin and Greek lexical-terminological correspondence.

A similar situation with the reproduction of the term under studying is found in the following example, say: "ὁ διὰ πρᾶγμα δημόσιον μέλλων ἀπολειφθῆναι ὀφείλει ἐαυτὸν ἀπολύσαι μέχρι τοῦ καιροῦ τῆς ἐκδημίας" (literally: "those who are going to leave because of public thing must be released [from duties of tutelage] until the time of staying outside") (B.A.XXXVIII.01.079) — "qui tutores vel curatores dati rei publicae causa afuturi sunt, ad tempus se excusare debent a tutela ..." (CJ.V.64.001.Pr.). Shifting the content of the Code of Justinian, the scholiast puts a logical emphasis on the terms of fulfillment of "public thing". But in conditions of using the reception of the Latin concept itself, it is important to note that it turns into a mixed Latin-Greek transliteration: "τὸ ἀπολειφθῆναι αὐτὸν ῥεῖpublicae causa" (B.B.XXXVIII.01.079.Pb.002).

Equally, any other sample, where as a sample of translation with the replacement of the required term, that is in view of the attempt of the medieval translator to follow the original in the reproduction of terminology indirectly, any other sentence appears, where, instead of the Latin reception of the term "rei publicae causa", its Greek lexical substitution like "πρᾶγμα δημόσιον" is contained in the appropriate phrase (on the assumption of B.A.XLVIII.05.005.Pr. — D.XL.07.004.Pr.). At the same time, now there is no need to appeal to the Scholia to the "Libri Basilici", which in one way or another contained terminological arguments in favor of the substitution made by the translators of the "Libri Basilici". The foregoing is quite equivalent to one of the subsequent articles of the "Libri Basilici". It, being an abbreviated paraphrase of the corresponding digest, in which the required terminology was used twice, reproduces the lexical correspondence to the substituted Latin expressions in the original form. Here, in fact, along with the indicated word combination, one more lexical substitution is conjugated: "πράγματος δημοσίου αἰτία ἀπελείφη" (literally: "due to public thing is left"). In this context, the translator put a logical emphasis on the motivation for the absence "because of official reasons", as if thereby trying to integrate the abbreviated information of the prototype (B.A.LX.23.006 — D.XLVII.12.006) into one quotation. However it is demonstrative that a similar formula with a logical emphasis on the motivation for the absence "due to reason of public need" of officials, who are exempted from prosecution on this basis, was used in one of the subsequent articles of the "Libri Basilici": "οἱ πράγματος δημοσίου αἰτία ἀδόλως ἀπολιμπανόμενοι" in accordance with the content of the relevant section the "Digest" (B.A.LX.34.012.Pr. — D.XLVIII.02.012.Pr.).

Attention to itself requires, which must certainly be said, also the provision of article 16 of the "Libri Basilici" in 37 title of 60 books, dedicated to the Law of Julius on adultery (18 B. C.)²⁸. The first section of this article (B.A.LX.37.016.01) offers essentially another invariant of the Greek lexical correspondence to the term "rei publicae causa" as part of a quotation: "ὁ ἀδόλως ἀπὸν πράγματος δημοσίου χάριν ἐν ἐτέρᾳ ἐπαρχίᾳ οὐ κατηγορεῖται". This article of the "Libri Basilici" itself (B.A.LX.37.016) is an abbreviated paraphrase of the corresponding digest (D.XLVIII.05.016(15)). The named Latin term is included in three sections of this composition. In the first section of this digest (D.XLVIII.05.016(15).01) the required term is repeated twice, first in the context of the quotation, borrowed from the Law of Julius on adultery (Chapter 7), and then in the explanations to this law: "... absentem rei publicae causa inter reos refferi". The term "rei publicae causa" is also introduced in the next, second section of this digest, which contains explanations for the previous section, including the citation: "rei publicae causa abeset" (D.XLVIII.05.016(15).02). Alongside with that, the studied term is reproduced in the fourth section of the specified digest as part of lengthy explanations: "...qui in alia provincia rei publicae causa absunt, quam in ea in qua deferentur" (D.XLVIII.05.016(15).04). For the rest, it is necessary to take into account the fact, that formally corresponding section in the article of the "Libri Basilici" (B.A.LX.37.016.04) according to the publication of H. J. Scheltema and his colleagues, has

²⁸ Tiraspol'sky, G. A. Roman laws. (Pre-Justinian era). Dictionary-reference book. P. 89.

been moved to the place of the second one, and the latter, in its turn, was withdrawn from this article. All this makes it difficult to resolve the issue of correlation between the specified section of the “*Libri Basilici*” and their prototype. However, the described nuances do not raise doubts about the reliability of the lexical correspondence of the studied Latin and Greek terminology.

In a word, the some examples of those variants of translations are given in contexts, which included the concept “*τὸ πρᾶγμα δημόσιον*” as a lexical correspondence to the studied Latin term “*rei publicae causa*”. They undoubtedly indicate, that the creators of the “*Libri Basilici*” sought for preservation, to a certain extent, of terminological accuracy. Truth to tell, the translators of the “*Libri Basilici*” did not always follow their intentions consistently. In the most translations the indicated Greek word usage or any other combination, equivalent to the term “*rei publicae causa*”, was missing. It can also be hardly asserted that in both versions, the made translations clearly prove, that they are not always adequate enough. These translations, usually made at the level of paraphrases, only remotely resembled the text of the prototype. Quite obviously, it was this circumstance that became the motive for subsequent generations of commentators and scholiasts to clarify and interpret the text of the “*Libri Basilici*”. Anticipating the subsequent analysis, it is simultaneously permissible to state, that the interpreters of the “*Libri Basilici*” undoubtedly referred to their prototypes, namely the legislation of Justinian, and the terminology, contained there, including the studying term “*rei publicae causa*”.

Scholia in “*Librorum Basilicorum LX*”

The reviewed texts of the “*Libri Basilici*” convince of the need for a more careful attitude to the reproduction of translations of the term “*rei publicae causa*” in mediaeval Byzantine scholia and compilations. Their characterization, of course, presupposes a discussion of examples of scholia and compilations, including quotations with receptions and transliterations of the term “*rei publicae causa*”, first of all, the Scholia to the “*Libri Basilici*”. They include 39 invariants of the transliterations of cited there Latin concept, that is, they contain the most of these samples and allow the best way to reveal the systemic interconnection of these receptions and transliterations with the content of the Byzantine legislation. It should immediately be pointed out, that the phraseological correlation of the majority of the Scholia to the “*Libri Basilici*” with the texts of the corresponding sections of the the “*Libri Basilici*” itself is established in terms of their content, especially lexical and conceptual and terminological composition. At the same time it is noted, with a certain degree of approximation, the correlation of the texts of the “*Libri Basilici*” and the Scholia to them between themselves and with their prototypes.

As an instance of the described approach, it would like to adduce two scholia, the content of which refers to one article of the “*Libri Basilici*”, dedicated to the “*koinonia*” (“community”) and its dissolution (B.A.XII.01.014). This article is represented as an abbreviated paraphrase, which is based on the presentation of three digests at once (D.XVII.02.014; D.XVII.02.015; D.XVII.02.016). In other words, the specified article the “*Libri Basilici*” is obviously an ambiguous transposition of the materials of the “Digest”, which is based on an extremely complex scheme for arrangement at the translation of the prototype text. Following its content, the translators of the “*Libri Basilici*”, despite of all abbreviations and simplifications, could not but convey, if it may say so in this case, the “key words” of the mentioned digests. Among these was the concept “common property” or “*communis res*” of the prototype, borrowed in the form of the Greek lexical substitution “*τὸ κοινὸν πρᾶγμα*” from the first digest (D.XVII.02.014). And the Greek transliterations of the term “*rei publicae causa*” in the quotation “*rei publicae causa diu et invitus sit afuturus*”, gleaned from the third digest (D.XVII.02.016.Pr.), along with other lexico-terminological correspondences, can only be found in the mentioned scholia, which more fully, than the text of the article of the “*Libri Basilici*”, integrated the information of the prototype (B.B.XII.01.014.Ca.001; B.B.XII.01.014.Ca.002). First of all, this refers to the first of the scholia. It seems to be an extensive transposition of these digests, and supplementing the content of the considered article in a variety of transliterated Latin concepts, it contains a lengthy quotation, associated with the required term: “*ὡς ρεῖπουβλικαε καῶσα μέλλων ἀποδημεῖν ἄκων καὶ πολὺν ἐπιμένειν τῇ ἀποδημία μέλλων χρόνον*”. The second scholium, although, like the first, also contains both the “key word” (“*τὸ κοινὸν πρᾶγμα*”), and the corresponding citation (“*ρεῖπουβλικαε καῶσα μέλλει ἐπὶ πολὺν ἀποδημεῖν*”), is more modest in size, but much closer in its lexical composition corresponds to the text of the article of the “*Libri Basilici*”, than the first scholium.

In fact, the textual coincidences of the texts of the “*Libri Basilici*” and the Scholia to them, as a rule, are extremely rare. The Scholia to the “*Libri Basilici*” in many cases, if not mostly, with a few exceptions, being paraphrases of the corresponding monuments of Justinian’s legislation, rely on the provisions, borrowed from there. And therefore the indirect references to them or direct quotations, although not always accurate, are not seldom in scholia. They also contain conceptual and terminological receptions and transliterations, which serve not only as indisputable evidence of the direct appeal of mediaeval scholiasts to the legal heritage of the early Byzantine period: many similar borrowings play role as additional arguments in the clarifications of the text of the “*Libri Basilici*”. In this regard one cannot pass by the scholia to, which contain almost unique quotations (for example, quotation 12 and 13) with a direct reception of legism “*rei publicae causa*”. Such is quotation 12, where the said term is reproduced in the form “*reipublicae de causa*” (B.B.VIII.01.001.Vo.037). This scholium, it must be said, includes two quotations: one with Greek transliteration “*ἀπὸν ρεῖ πούβλικαι καῶσα κατεδικάσθη*” (quotation 11) and the second (quotation 12) with the Latin reception. They, neither Greek nor Latin invariants, find lexical confirmation in the corresponding

sections in the “Libri Basilici” (B.A.VIII.01.001) or the “Digest” (D.III.01.001). The article of the “Libri Basilici” (B.A.VIII.01.001) represents an abbreviated paraphrase of the corresponding section of the “Digest” (D.III.01.001). In its turn the scholium to the “Libri Basilici” (B.B.VIII.01.001.Vo.037), based, judging by its content, relating to the restoration of the property rights of a minor and a mentally ill person, on the last sections of the mentioned digest (D.III.01.001.10,11), is corresponded, in all likelihood, with the last sections of the indicated article of the “Libri Basilici” (B.A.VIII.01.001.10,11). But all this does not prevent the compiler to recall, albeit reproduced in an inaccurate form, an additional legal argument.

Then, what has been said, directly concerns the translations of the “Libri Basilici”. They are due to the use of the term “rei publicae causa” in the prototype, regardless whether the Greek translation contains any lexical correspondences or not. This is quite reliably confirmed by two scholia to the already reviewed article of the “Libri Basilici” regarding the use of the Greek lexical substitution of the named Latin term there “πρᾶγμα δημόσιον” (B.A.XII.01.014). Turning again to the content of this article, it should be noted, on the one hand, that it is conditioned by the same theme as the previous example, namely the title on “koinonia”. On the other hand, briefly touching on the problem of “koinonia”, this article is represented as an abbreviated paraphrase of the initial section of the corresponding digest, where the required terminology is brought to the fore (D.XVII.02.016.Pr.). Since in the article of the “Libri Basilici” its translator used Greek lexical substitution, the compilers of the two mentioned scholia, without touching on the issue of “koinonia” at all, focused precisely on revealing the essence of the term “rei publicae causa”, transmitted here in Greek transliteration: “οὐ λέγομεν γὰρ ἀπεινὰ ρειπουβλικαε καῦσα τοὺς μὴ κατὰ ἀνάγκην, ἀλλὰ διὰ κέρδος ἴδιον ἀπιόντας” (B.B.XII.01.016.Ca.001); “... ἐπὶ πολὺν χρόνον μέλλειν αὐτὸν ἀπολιμπάνεσθαι ρειπουβλικαε καῦσα, καὶ μὴ ἐπιτήδες τὴν τοιαύτην ἀπελθεῖν ἀποδημίαν” (B.B.XII.01.016.Ca.002). As can be seen, both scholia are extremely brief and their main content is reduced to an explanation of the term, indicated in them. However, each of the compilers of these scholia uses their own words and expressions to solve the set task, and ultimately terminology, which turns both these two scholia, and the article of the “Libri Basilici”, to which they are attached, into the sentences, completely different from each other. Thus, the reproduction of the receptions and transliterations of the term “rei publicae causa” in the Scholia to the “Libri Basilici” comes to the forefront in the studying the causal motivation of the medieval interpreter of the texts of the “Libri Basilici” to follow the prototype in an effort to express the exact meaning of the commented text, as this is shown on the examples of the comparisons, which have already made concerning the texts of the “Digest”, the “Libri Basilici” and the Scholia to them (for instance: D.XXII.05.008 — B.A.XXI.01.007 — B.B.XXI.01.007.Pa.001). Many specific examples of such receptions are of special interest. But from their general range, now it has occasion to confine itself to individual examples of the use of receptions and transliterations of the specified term, which, from the point of view of the author of these lines, are of particular significance for the generalizing characteristics of this kind of borrowings.

In this series of samples of particular interest, it would like to return to the evidence of scholia, related to the articles of the section of the “Libri Basilici” (B.A.XXXVIII.01), corresponding to the first title of 27 books of the “Digest”. They, as it has already been shown, deal with the issue of releasing from obligations of the tutelage and consider examples, related to the named procedures. In addition to them it should be kept in mind that the content of the lexical and terminological correspondences in the sections, related to the indicated titles, is also mediated by the data of scholia (D.XXVII.01.041 — B.A.XXXVIII.01.040 — B.B.XXXVIII.01.040.Pb.001; D.XXVII.01.045 — B.A.XXXVIII.01.044 — B.B.XXXVIII.01.044; C.J.V.36.001 — B.A.XXXVIII.01.047 — B.B.XXXVIII.01.047.Pb.001; B.A.XXXVIII.01.079 — C.J.V.64.001 — B.B.XXXVIII.01.079.Pb.002). At the same time it is possible to refer once again to the comparison of sections 10 of the digest (D.XXVII.01.010) and the corresponding article of the “Libri Basilici” (B.A.XXXVIII.01.010). The scholium to it (B.B.XXXVIII.01.010.Pb.006), judging by its content, is supplemented by information from the last section of the digest (D.XXVII.01.010.08). Here are fairly lengthy judgments about the attendant circumstances of the claims, formulated in the “Libri Basilici”, which include two quotations with the studying borrowing: one is given in Greek transliteration: “ἀπὸν ρεί πουβλικαι καῦσα κατεδικάσθη”, and the second is represented as a partially distorted Latin reception: “οἱ μέλλοντες ἀποδημεῖν ρειpublicae causa transmare”. At that, the digest itself (D.XXVII.01.010), it is worth to recall repeatedly, is presented mainly in Greek.

In this regard, one should also refer afresh to the digest (D.XXVII.01.045) and its correspondence in the “Libri Basilici” (B.A.XXXVIII.01.044). And the matter is not only that the use of receptions and transliterations of the term “rei publicae causa” in the first scholium to the indicated section of the “Libri Basilici” (B.B.XXXVIII.01.044.Pb.001), one way or another, is motivated by the systematic absence of an appointed tutor in view of the fulfillment “state affairs” (“ob absentia rei publicae causa” — “διὰ τὴν ὑπὲρ τῶν δημοσίων ἐκδημίαν”). The undeniable originality is given to the content of this scholium by the accompanying nuances of the multiple use of the term “rei publicae causa” in the indicated section of the “Digest” and, accordingly, its mixed Latin-Greek transliteration in the studying scholium. In particular, the starting section of this digest (D.XXVII.01.045.Pr.) includes a double mention of the named term and, in one case, a kind of rephrasing, one might say, an ellipsis, however, with the omission of a meaningful word and the transfer of logical stress to the previous word: “absentiam ob publicam causam”. In the considered scholium (B.B.XXXVIII.01.044.Pb.001) there are six quotations, including transliterations of the term “rei publicae causa”, the first three are correlated with this part of the digest (D.XXVII.01.045.Pr.). At that third quotation is corresponded to the described figure of speech as full reproduction of the received term: “πρὸ τῆς ρειpublicae καῦσα ἀποδημίας”. And three more citations of the studying scholium can be correlated with three usages of the term “rei publicae causa” in the subsequent section “Digest” (D.XXVII.01.045.01). Along with this, it should also be noted the transliteration of the named term in the second scholium to the same article of the “Libri Basilici” (B.B.XXXVIII.01.044.Pb.002). Here its main idea

regarding the function of a tutor, who leaves his native land, is expressed with immutable frankness: “if was left for government needs” (“εἰ δὲ ἀπολειφθῆ διὰ δημοσίαν χρείαν”). At the same time this scholium includes a quotation with a transliteration of the studying term (“μὴ ἀπολιμπάνεται ρεῖπουβλικαε καθσα”), which is completely identical to the first quotation in the first scholium (B.B.XXXVIII.01.044.Pb.002). And this unique coincidence — the publishers of the Scholia to the “Libri Basilici” attribute it to the pen of a scholiast, it was Cyril — could give food for thought about the correspondence of these receptions to the text of the prototype. The author of these lines leaves the solution of this task to the discretion of specialists.

Against the background of the considered examples, any other receptions and transliterations of the term “rei publicae causa” in the Scholia to “Libri Basilici” also convince, that their authors sought to clarify and correct the texts of the “Libri Basilici” themselves, where instead of the receptions of the specified term, the Greek lexical correspondences were almost usually used, one might say, as “πράγμα δημόσιον” and others, with associated phraseology, that replaced the original terminology (for instance: B.B.XLVIII.05.005.Pc.001 — B.A.XLVIII.05.005.Pr. — D.XL.07.004.Pr.). Undoubtedly, there were different solutions every time in each such case. Let’s say, the first scholia to the already reviewed article of the “Libri Basilici” (B.A.LX.23.006), where the logical emphasis is shifted to the motivation of absence “due to official needs”, seemed to integrate two quotations, containing a transliteration of the term “rei publicae causa”. In this scholium, only one terminological parallel is revealed in comparison with the text of the prototype, which thus, presumably, supplemented the abbreviated text of the indicated article of the “Libri Basilici” (B.B.LX.23.006.Pe.001 — D.XLVII.12.006). The second scholium to the said article of the “Libri Basilici”, being essentially close to the text of the prototype by its transposition, like it, anyway offered two quotations, containing transliterations of the required Latin term. Due to this, the second scholium clarified the text of the corresponding article of the “Libri Basilici” in comparison with the prototype (B.A.LX.23.006 — B.B.LX.23.006.Pe.002 — D.XLVII.12.006). In the same way another reviewed article of the “Libri Basilici” with a logical emphasis on the causal motivation of the absence of officials (B.A.LX.34.012.Pr.) is accompanied by scholium, the compiler of which, relying on the content of the corresponding section of the digest with a single citation of the required terminology, considers, that it is necessary to strengthen his explanations exactly on this matter. And therefore, the scholiast, translating the content of the corresponding section of the digest in his own way, twice quotes the term “rei publicae causa”: the first time the commentator resorts to Latin reception, and the second time he uses a mixed Latin-Greek transliteration (B.B.LX.34.012.Pe.005 — D.XLVIII.02.012.Pr.).

The section of the article of the “Libri Basilici”, formerly attracted special attention, offered another invariant of the use of the Greek lexical correspondence to the term “rei publicae causa”, namely “ὁ ἀδόλος ἀπὸν πράγματος δημοσίου χάριν” (B.A.LX.37.016.01). Then among the scholia to the corresponding article of the “Libri Basilici” there are at least two, that may be puzzling due to the permutations of certain provisions in comparison with the digest D.XLVIII.05.016(15), which are identified in the article of the “Libri Basilici” (B.A.LX.37.016). In particular, the scholium to of the “Libri Basilici”, which contains a quotation with the Greek transliteration of the term “rei publicae causa”: “ἐν Ἰταλίᾳ ρεῖπουβλικαε καθσα” (B.B.LX.37.016.Pe.004), may be correlated with the above indicated section of the “Libri Basilici” (B.A.LX.37.016.01). In itself the law enforcement of the provisions of the “Digest”, concerning the term “rei publicae causa”, is explained in three sections of the digest (D.XLVIII.05.016(15).01; D.XLVIII.05.016(15).02; D.XLVIII.05.016(15).04). The probability of a different correlation between scholium 4 and the sections of the article of the “Libri Basilici” is indirectly indicated by the content of the second scholium to this article, which contains a question about the malicious use of the procedure “rei publicae causa”. The reference to the terminological expression “sine detractione” (literally: “without refusal”) in sections 1 and 2 of the digest suggests a deliberate rejection of the prosecution through the procedure “rei publicae causa”. This procedure, or even its application, phraseologically expressed in the digest as the fulfillment of duties in favor of the state: “dum rei publicae operator” (D.XLVIII.05.016(15).01)), in the second scholium was designated by means of the Greek lexical correspondence: “... μετὰ τὸ πληρῶσαι τὴν δημοσίαν χρείαν ἤργει ἐν τῇ ἀποδημίᾳ ἐξεπίτηδες” (B.B.LX.37.016.Pe.002). In a word, the establishment of a correlation between the named sections of the “Libri Basilici” and the scholia to them remains an open question.

In many (in 10 out of 30) comparisons of the Scholia to the “Libri Basilici” with the “Libri Basilici” and their legislative prototypes of the Justinian’s epoch, it is found that the latter, and this should be especially noted, do not contain any phraseological, in the same series of lexical and terminological grounds for word usages in the texts of scholia, including receptions and transliterations of the concept “rei publicae causa”. Nevertheless, they are repeatedly found there as a legal motivation, acting as indisputable evidence of the law-making initiative of the scholiasts themselves. One such example, including quotation 12 (B.B.VIII.01.001.Vo.037), has already been considered. Similar circumstances of the appeal to additional legal argumentation are revealed by another scholium to the “Libri Basilici” (B.B.VIII.02.033.Vo.010). It includes the Latin reception “reipublicae causa” (quotation 13) and the accompanying receptions of the term “rei requirendae” in their purely medieval form “rei curendos”. Speaking now about the direct reception of “rei publicae causa”, it is necessary, as in the previous example, to confirm, that the indicated word usage does not find a lexical and terminological basis in the corresponding sections and “Digests” (B.A.VIII.02.033 — D.III.03.033). The Scholium to the “Libri Basilici” (B.B.VIII.02.033.Vo.010) is a detailed addition with a well-developed legal argument, where the mention of the law of Lucius Cornelius Sulla (Lucius Cornelius Sulla, Felix. Lex sicariis et veneficis) will be followed by references to the statements of Ulpian and Paul, and a number of references to the Digests, Codex and Institutions of Justinian. Due to them, the content of this scholium goes far beyond the specified section of the “Digests” (D.III.03.033), and their correlation with the corresponding section of the “Libri Basilici” requires clarification.

Similar observations can be made with regard to the next scholium to the “Libri Basilici” (B.B.XXII.05.009.Pa.019). Its content, being a detailed commentary, includes a quotation with the Greek transliteration “μετὰ τὴν ρεῖπουβλικαε καῦσα τυχὸν ἀποδημίαν”, which does not find lexical expression in the corresponding sections of the “Libri Basilici” (B.A.XXII.05.009) and the “Digests” (D.XII.02.009). This section of the “Digest”, it must be said, is devoted to the procedures for taking an oath by litigants in a lawsuit, as well as the procedures for exception and replication, that is, objections and rejections of law claims. The corresponding article of the “Libri Basilici” (B.B.XXII.05.009) is reduced to a noticeably abbreviated paraphrase of the said digest (D.XII.02.009). In these circumstances the correspondent scholium (B.B.XXII.05.009.Pa.019) not only makes up for the abbreviations in the relevant section of the “Digests” (especially, D.XII.02.009.04), but essentially develops the ideas, expressed there, about the terms of carrying out claims protests. The compiler of this scholium, in a fairly free manner, compares dates with the experience of calculating their limits for protesting claims in Rome and the dioceses of Italy. These observations are accompanied by references, unfortunately not entirely accurate, to the Justinian’s Code, which brings several sections into view (in particular, CJ.II.52(53).007 and CJ.V.74.003) or something similar.

As a matter of fact, the appeal of the mediaeval compilers of scholia and commentaries to the reproduction of receptions and transliterations in such situations manifests itself as a confirmation of the peculiar competence of lawyers of that time. They not only learned, to one degree or another, the relevant to them provisions of the legal heritage, but are ready to apply the jurisprudence of the past in their own legal practice. It cannot be skipped the demonstrative interpretations in the scholium, regarding the role of the defender in the process, where the defensor speaks “on his own behalf” (“suo nomine”), and this circumstance is represented together with other legal arguments, among which the compiler of this scholium actively uses receptions and transliterations of Latin terminology, including the quotation “ῥεῖ ποῦβλικαε καῦσα μέλλει ἐκδημεῖν”. And the point is not that, as a result, the size of the scholium exceeded both the volume of the commented article in the “Libri Basilici” and the corresponding digest itself, but that the unnamed scholiast brilliantly demonstrates his professionalism, restoring and even multiplying the details, omitted by the translator of this article of the “Libri Basilici” (B.B.VIII.02.062.Vo.001 — B.A.VIII.02.062 — D.III.03.064). Along with this, it is necessary to note those variants of terminological usage of Byzantine lawyers, who offer elements of a self-dependent interpretation of legal terminology. So, in one of the scholia about the work of the court, when a nameless scholiast exposes unacceptable recklessness, “irrationality” (“προπέτεια”) in relation to the active participants in the trial, this lawyer declares, that there are multiple reasons for performing the procedure “rei publicae causa”: “Πολλάκις γὰρ ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀπολιμπάνεται ἢ διὰ τινὰ ἑτέραν ἀπαραίτων αἰτιῶν, οὐχὶ κατὰ προπέτειαν”, literally: “...over some other unavoidable cause, not only recklessness” (B.B.LX.33.017.Pe.003. Cf.: B.A.LX.33.017 — CJ.IX.02.004).

In addition, it would like to talk about cases, that correspond to the situation described above, that is, the absence of references in the prototype of the terminology “rei publicae causa”, when the name of the scholiast is known. There is no doubt, that his name serves as a guarantee of self-dependent law-making. This is the name of Theodore, certifying the scholium to the “Libri Basilici” (B.B.LX.37.055.Pe.001). It contains a detailed explanation of the corresponding article of the “Libri Basilici” (B.A.LX.37.055), which is a translation of the text of the corresponding section of the Code of Justinian (CJ.IX.09.014(13)). Neither there nor here there are references to the required terminology. In the same scholium, where its author first applies with explanations, supported by references to the “Digests”, which relate to reception in the form of a transliteration of the term “rei requirendae”, then the term “rei publicae causa” is considered in the form of a quotation with a mixed Latin-Greek transliteration: “κᾶν ρεῖpublicαε καῦσα ἀποδημηῖ”. Of course, the authorship of the explanations given on this matter is no less significant, than the legal argumentation, accompanying this quotation.

Summing up empirical observations

Summarizing the information of the scholia, regarding the borrowing of the term “rei publicae causa” in them, it is necessary to emphasize once again their significance as a whole as the richest source for studying the Roman legal heritage in Mediaeval Byzantium. The scholia, as if “revealing” the techniques ways and methods of mastering the “elements” of Roman law by the mediaeval Byzantine, that are hidden from the outsider’s gaze of modern scholar, reflect almost the entire gamut of this process. The acquaintance of a mediaeval connoisseur with the conceptual and terminological apparatus of lawyers of the past, of course, comes to the fore as a kind of quintessence, that same fifth elements that spiritualized the world with creative energy, which personified transubstantiation, if it is appropriate to use this word, in relation to human knowledge of the epoch of Antiquity and the Middle Ages. What has been said is absolutely true with regard to the terms “res publica” and “rei publicae causa”, no matter how general or specific they may be, and applies to both the content and the form of writing of these terms, regardless of whether they were presented in Latin or in Greek transcription. In this regard, even completely altered or distorted versions of the legal terminology, which N. van der Wal attributed to the most important group of legal receptions, should not be overlooked. Behind them are not just random words and phrases, but the corresponding concepts. Among them, the named scientist rightly called legalism “rei publicae causa”²⁹. At first glance, the “corrupted” forms of recording in themselves testify to the too mediocre professional training of most mediaeval Byzantine scholiasts, who put their hand to the study and commentary of the “Libri Basilici”. On this view, Theophilus Antecessor, in his “Paraphrase

²⁹ Wal N., van der. Die Schreibweise. S. 38–39.

of Institutions”, who managed to reproduce the unmistakable form of the term “res publica”, was head and shoulders above most of his mediaeval followers, copied the terminology usually with great efforts and errors, as if it were students, who comprehended the basics of jurisprudence. But if we consider the entire range of legal terminology, borrowed by mediaeval scholiasts, then it is hardly justified to assess their success in mastering Roman jurisprudence as insignificant, even if their comments are recognized as student experiments! It is sufficient to pay attention to one of the Scholia to the “Libri Basilici” (quotation 13). Its compiler matches the direct reception of the concept “reipublicae causa” with the transliteration of the concept “reus”, that is, the defendant, who is presented as the subject of the action of the considered legal procedure: “... τοῦ δεῖξαι αὐτὴν τὴν αἰτίαν, δι’ ἣν ἄπεστιν ὁ ῥέος, εὐλογον, ὅτι τυχὸν reipublicae causa ἢ δι’ ἑτέραν εὐλογον αἰτίαν καὶ ἀπλῶς οὐκ ἐπίτηδες ἀπολιμπάνεται” (B.B.VIII.02.033.Vo.010³⁰). In the meantime, it is permissible to put forward an explanation for the fact, that in the process of mastering the Roman legal heritage, Theophylact Antecessor showed himself to be an expert in Roman jurisprudence, who knew Latin in an active form, while his mediaeval Byzantine colleagues and followers possessed only passive forms of knowledge: mediaeval lawyers could only interpret the subject, to which they referred. These reinterpretations were probably in many cases made by lawyers from memory, and they were required to convey their knowledge to those, who did not know Latin at all.

Other compilations

What has been said quite is clearly also confirmed by the content of those three scholia to the “Ecloga Basilicorum”, in which five quotations with Greek transliterations of the term “rei publicae causa” are revealed. It would seem, what can explain these five examples in comparison with the Scholia to the “Libri Basilici”? Firstly, the Scholia to the “Ecloga Basilicorum” make up for the lost fragments of the Scholia to the “Libri Basilici”, the content of which remains unknown. Secondly, the Scholia to the articles of the “Ecloga Basilicorum”, which have become the subject of consideration under regarding the specified term, confirm the general patterns of use of the required legalism. Here, first of all, it should be noted that the Latin term is represented by Greek transliteration in a uniform form of transcription (“ῥεῖπουβλίκαε καῦσα”). It, apparently, was most widely accepted by the scholiasts, in particular, the compilers of the scholia not only to the “Ecloga Basilicorum”, but also a number of the Scholia to the “Libri Basilici” (Appendix 2. Citations 15, 23, 30, 36, 41, 45, 48, 50-54).

It is important to note that in the two quotation of the Scholia to the “Ecloga Basilicorum”, the transliterations are accompanied by Greek lexical substitution and an explanation of the term “rei publicae causa”, namely: “τοῦ δημοσίας χάριν αἰτίας” (quotation 51), and “ἐν ἰδίᾳ χρεῖα” (quotation 53). These additions themselves correlate with the texts of the articles in the “Ecloga Basilicorum”. In this case, the fact is meant, that one of the articles of the “Ecloga Basilicorum”, associated with the considered scholia, as well as the corresponding article of the “Libri Basilicorum”, contains the Greek lexical substitution of the required term: “διὰ πρᾶγμα δημόσιον”. It corresponds to the terminological usage of their prototype: “qui rei publicae causa absunt” (EB.X.01.008 — B.A.X.01.008 — D.IV.01.008). Finally, it would like to draw attention to the scholia to two other articles of the “Ecloga Basilicorum”, which, being textually very close to the corresponding articles of the “Libri Basilici” themselves, do not contain any phraseological and lexical locutions of speech that correspond to the required terminological usage (EB.VII.17.002 — B.A.VII.17.002 — D.II.12.002; EB.X.03.048 — B.A.X.03.048 — C.J.II.20(21).008). And the fact, that the scholia, written for these articles of the “Ecloga Basilicorum” (EB.Schol.VII.17.002(.04); EB.Schol.X.03.048), contains three quotations with transliterations of the term “rei publicae causa”, would reinforce one from two possible assumptions. The first of them is that the compilers of the scholia to the “Ecloga Basilicorum”, reproducing these receptions in their own way, evinced their own initiative. The second assumption on this plan is that the compilers of the scholia to the “Ecloga Basilicorum” borrowed the now lost scholia to the corresponding articles of the “Libri Basilici”, that should be the subject of a special study. And the translation of the required term with the help of Greek lexical substitutions, despite their stereotype, convince us, that the efforts of lawyers in explaining the essence of the term, they were referring to, were conscious and purposeful. In any case, behind the noted facts is the satisfaction of the professional interests of the scholiasts, which, undoubtedly, are also peculiar to the commentators of the “Libri Basilicorum”.

The matter is, certainly, not limited to the Scholia to the “Libri Basilici” and other sources discussed here. Receptions and transliterations of the word usage “res publicae” are also found in other compilations. Say, that two references to the required terminology are contained in a treatise, known as the “Roman legal actions (lawsuits)” (“Ῥωμαϊκὰ ἀγωγὰ”), which, according to its two invariants, was published by R. Meijering³¹. This publication is based on the version of the named treatise, reconstructed by the publisher in accordance with the Florentine manuscript of the XI c. (Cod. Laur. 80.2) with reproducible variant readings of the Parisian manuscript (Cod. Par. suppl. Gr. 624). Then, resorting to several examples, notes, that the text of the treatise in the second manuscript contains a considerable number of receptions of Latin legal terminology, which, it should be emphasized, are reproduced in the form of Greek transliterations. And this circumstance is confirmed by both references to the reception of the concept “res publica”: they are part of the discrepancies of readings,

³⁰ Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 1. P. 104.33–35.

³¹ Meijering R. Ῥωμαϊκὰ ἀγωγὰ. P. 1–152.

found directly in the Paris manuscript, where it would first like to point to an additional article to the treatise (RA.P.9.56). Here a more or less detailed explanation is represented as description of the procedures carried out in claims for the restoration of status and the cancellation of proceedings, that have become invalid (actiones restitutoriae et rescissoriae). They concern a number of subjects of law, among which are named persons “absent for the sake of public affairs” (“τοῖς ῥεῖπουβλικαε καῦσα ἀπολειφθεῖσι”). This 56 quotation is based on a rather stereotyped, — it was already mentioned, — Greek transliteration of the concept “ῥεῖπουβλικαε καῦσα”. Its invariant has been used in a number of the Scholia to the “Libri Basilici” and their compilations, although there is no exact contextual match of quotation in them (for example, see: B.B.XII.01.014.Ca.001, B.B.XXII.05.009.Pa.019, B.B.XXXVIII.01.044.Pb.001, B.B.XXXVIII.01.044.Pb.002, B.B.LX.01.006.Pe.001, B.B.LX.33.017. Pe.003, B.B.LX.37.016.Pe.004, EB.Schol.VII.17.002(.04), EB.Schol.X.01.008, EB.Schol.X.03.048). At the same time the example, that was found in another article of the treatise on the Roman actions (RA.P.2.10), attracts attention. It is dedicated to the Publician action (actio Publiciana), a type of vindication law claim, according to which the plaintiff, equated in his rights with the owner, received the right to claim the thing. The second part of the specified article of the named treatise has significant variant readings. Whereas the first version of this treatise, based on the Florentine manuscript (Cod. Laur. 80.2), sets out the details of the implementation of the Publician action, in the second inversion of the present article of the treatise on Roman claims, reconstructed according to the Parisian manuscript (Cod. Par. suppl. Gr. 624), the description of secondary legal proceedings are omitted. In fact, they are replaced by a lapidary reference to the missing subjects of property rights (“τοῖς ῥεῖ πουβλικαε ἀποδημοῦσιν”). It is the introduced Greek transliteration, where the reference to the “republic” is reproduced without the postpositive preposition “causa”, in combination with the accompanying vocabulary, actually forms a unique formula, that falls out of the general range of similar legal provisions. Nevertheless, the present quotation contains a mention of the “republic” in the framework of the semantics of the other considered terminological usages.

Along with this one cannot discount the materials of legal lexicons, which have attracted attention of a number of leading specialists in recent decades. This makes it possible now to do without a detailed characterization, let’s say, of a special genre of mediaeval Byzantine jurisprudence, represented by lexicons of concepts and terms of law. Coming out from the pen of Byzantine lawyers, such compendiums of legal vocabulary are presented by themselves as an uninterrupted tradition, that embodied the desire of both mediaeval experts in law and their students to move along the path of knowledge and systematization of the legal norms of Antiquity. Although at first glance the definitions of concepts, collected in such compilations, and the extracts, explaining them, may look very inaccurate and disordered student experiments, they testify about the successful comprehension of the foundations of jurisprudence. It is sufficient to note that, as a rule, nameless compilers of legal lexicons did not forget to refer to some legal concepts, formed on the basis of the word usage of the concept “res”, more precisely, its Greek transliterations. They reflect the legalism inherent in mediaeval jurists. It is revealed in the interpretation of the word “res” itself. Its Greek lexical equivalent, that is repeatedly confirmed by the records of lexicons — among them it is enough to single out the most illustrative examples — was the concept “πράγμα”³².

Against this background, in one of the versions of the lexicon of law terms, the so-called “Lexicon αὔσηθ”, published by L. Burgmann, who reconstructed it from the Florentine manuscript Laurentianus 80.2, an almost unique mention of the considered concept “rei publicae causa” stands out. It is significant, that here the Greek transcription of the studied legal formula itself takes on a peculiar form of a “contracted” record, and the brief explanation, accompanying it, differs from the others. So, the logical emphasis is placed on the “detained” or “guilty” (notable word usage in Pl.) participants in the trial, who, as it is implied, are absent “for reasons of state”, literary: “ῥεῖπουβλικαεκαῦσα · ἔνοχοι τῇ δημοσίᾳ αἰτία” (the quotation 57)³³. Both this and the previously reviewed examples quite convincingly prove, that further prospects for the study of receptions and transliterations should be correlated with the manuscript tradition, which, due to the specificity of the informational approach, is unfortunately ignored by the author of these lines in this essay.

Conclusions

As a result, the comparisons of the Greek translations with their Latin prototypes and, accordingly, the Slavic compilations of Byzantine law, which are planned to be studied in a special essay³⁴, prove: the translations themselves were mainly far from word by word, but rather a free arrangement of the content of the prototypes. The compilations did not necessarily follow their prototypes in conveying the concept “res publica”. It, as a rule, was replaced by other concepts and word combinations, according to that, Greek and, if we have in mind Slavonian compilations, Slav. The word combination “τὸ πρᾶγμα δημόσιον” and other concepts are used as a lexical replacements for the specified Latin term in the Greek translation of the text of the prototype. Among them, as if it was supposed “calque”, id est a loan translation of the Latin concept “res publica”, a special place in the Greek arrangements is given to the concept “πολιτεία”. At that time, for this concept, as well as for its Latin prototype, one way or another, a certain semantic ambiguity is obvious. It found itself in Byzantine

³² For instance, see: *Burgmann L.* Das Lexikon ἄδερ, 45. l. 12; 58. R. 15. R. 25–26; *Idem.* ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ ΔΙΓΛΩΣΣΟΣ, 73.9; *Idem.* Das Lexikon αὔσηθ, 301. D.2; 309. l. 50; 323. R. 31, R. 32; 336. R. 2; *Stolte B.H.* The Lexicon Μαγκίπιου, 370. R. 2 etc.; *Fögen M.-T.* Das Lexikon zur Hexabiblos aucta, 181. l.53; 204. R.17 etc., R.40.

³³ *Burgmann L.* Das Lexikon αὔσηθ, 322. R.12.

³⁴ See: *Vin Yu. Ya.* The concept of RES PUBLICA and its reception in Byzantine law. P. 55-60.

legal thought here and there, including in the Scholia to the “Libri Basilicorum”. This circumstance, perhaps, explains, why mediaeval Byzantine jurists feel a need for using, along with the concept “*πολιτεία*” and other lexical correspondences, direct reception of the Latin concept “*res publica*”. The desire for this is clearly expressed, first of all, in the Scholia to the “Libri Basilicorum”, as well as some other Greek compilations of Justinian’s legislation, which served to interpret and explain this legislative provisions.

The concept “*πολιτεία*” was often used in the early Byzantine legal heritage, adapted in mediaeval Byzantium to replace the concept “*res publica*” and its other analogues. Along with the Latin, the Greek concept, having become widespread, acquired not only a special, terminological, but also sociocultural significance. It undoubtedly manifested itself due to the metaphorism of legal terminology, sometimes hidden from the prying eyes of a modern researcher, which, probably, was quite noticeable already at the end of the Middle Ages by the first humanists. For them, each legal metaphor embodied an undeniable sociocultural significance, set off by the ambiguity of one or another concept.

As to the majority of the Byzantines themselves, the direct receptions and transliterations of the term “*res publica*”, revealed in their legal heritage, despite the hidden metaphorical nature of this word usage, remained a specific legal tool and practically boil down to the reproduction of only one legal provision — “*rei publicae causa*”. It realized as a kind of legal “clause”, since it determined an additional legal condition for accomplishment of a whole series of legal procedures. And therefore this “clause” served as the subject of attention, however, apparently, of a narrow circle of professional jurists, who used this concept to interpret and explain the content of the sources of mediaeval Byzantine law. In these interpretations, in medieval scholia, coming from the pen of their compilers, the legal term “*rei publicae causa*” turned, as it was said, into an additionally expressed legal condition for protesting of law claims and other judicial actions. Noticeable discrepancies in the recording forms of the identified receptions and Greek transliterations of the concept “*res publica*” are probably due to the individual characteristics of mediaeval Byzantine lawyers and their professional qualifications. Despite the originality of the most every transliterations, the thematic scope of such borrowings remained rather narrow. It is limited mainly to the tasks of jurisprudence in the using of adequate terminology, which would be relevant to the current aspects of legal proceedings. Their content, as a rule, is within the scope of state administration and administrative control of the population. In most cases the direct borrowings of the concept “*res publica*” or its transliteration, identified in mediaeval Byzantine legal monuments, were purely terminological in their nature. If the lexical borrowing itself is acceptably considered as a kind of cultural phenomenon, then it is hardly righteous to talk about the identified borrowings of the concept “*res publica*”, even those have some metaphorical meaning, as designations of a political state structure. It is hardly appropriate to endow the designations of medieval Byzantine law, like the term “*res publica causa*”, with the highest degree of ideological significance, in which a deep philosophical understanding of the “state” was realized, as it was observed in Antiquity and the countries of Western Europe, starting from the 15th century.

Regarding the issue of semantics as a concept “*πολιτεία*”, in relation to which the indicated semantic aspects are expressed more clearly, than in relation to the received concept “*res publica*”, and its Greek transliterations, the author of these lines strictly adheres to the informational approach to cognitive surveys using the materials of the Expert System “Byzantine Law and Acts”. Based on its tools, it is permissible to assert, that the analysis of what, experts call the “semantic field”, in relation to the studied concepts “*res publica*” and “*rei publicae causa*”, is a completely solvable task. True, it goes beyond the scope of this study, making up the prospect of its further continuation, as it is noted, in combination with the study of the manuscript tradition. Then, the author of the article leaves the right to judge this side of the matter to specialists: our job is to find the “*exempla*”, and the interpreters will be found themselves.

Appendices

APPENDIX 1. Direct Receptions and Transliterations of the Concept “*Res Publica*” and Terminology ascending to it
Transcription Latin — 1 variant:

reipublicae

(TAI.I.25.02; TAI.IV.06.05; TAI.IV.10.Txt; B.B.VIII.01.001.Vo.037; B.B.VIII.02.033.Vo.010)

Transcription Latin with diacritics — 6 variants:

rei publicae

(B.B.LX.34.012.Pe.005)

reipublicae

(B.B.LX.23.006.Pe.001; B.B.LX.34.012.Pe.005)

reipublicae

(B.B.XXXVIII.01.010.Pb.006 : 2 entries in the text; B.B.XXXVIII.01.044.Pb.001 : 4 entries in the text; B.B.XXXVIII.01.047.Pb.001)

reipublicae

(B.B.LX.37.055.Pe.001)

reipublicaecausa

(B.B.XLVIII.05.005.Pc.001)

reipublicae causa

(B. B. XXXVIII.01.040.Pb.001)

Transcription mixed Latin-Greek — 3 variants:

ρείπουβλικαε

(B. B. XXXVIII.01.044.Pb.001)

ρείpublicae

(B. B. XXXIX.01.019.Pb.005)

reipublicae

(B. B. XXXVIII.01.079.Pb.002)

Transcription Greek — 9 variants:

ρεί πουβλικά

(B. B. XXIII.03.017.Pa.007)

ρεί πουβλικάε

(B. B. XIV.01.056.Ca.011; B. B. XXI.01.007.Pa.001; B. B. XXII.01.019.Pa.003; B. B. XXIII.03.021.Pa.001; B. B. LX.23.006.

Pe.002 : 2 entries in the text)

ρεί πούβλικαε

(B. B. VIII.02.062.Vo.001)

ρεί πούβλικαι

(B. B. VIII.01.001.Vo.037;)

ρείπουβλικά

(B. B. XXIII.01.076.Pa.003)

ρειπουβλικαε

(B. B. XII.01.014.Ca.002; B. B. XII.01.016.Ca.001; B. B. XII.01.016.Ca.002; B. B. XII.01.063.Ca.013)

ρείπουβλικάε

(B. B. XII.01.014.Ca.001; B. B. XXII.05.009.Pa.019; B. B. XXXVIII.01.044.Pb.001; B. B. XXXVIII.01.044.Pb.002;

B. B. LX.01.006.Pe.001; B. B. LX.33.017.Pe.003; B. B. LX.37.016.Pe.004; EB.Schol.VII.17.002; EB.Schol.X.01.008: 2 entries

in the text; EB.Schol.X.03.048: 2 entries in the text; RA.P.9.56(Append.))

ρέ πουβλικάε

(RA.P.2.10)

ρείπουβλικάεκαῦσα

(Lexicon αῦσηθ / Cod. Laurentianus 80.2)

APPENDIX 2. Distribution of Receptions and Transliterations of the Concept “Rei Publicae causa”

Theophili Antecessori “Paraphrasis Institutionum”

TAI.I.25.02

1. οἱ reipublicae causa ἀπόντες

2. ἐν τῷ μεταξύ reipublicae causa ἀποδημίας

3. ἄπεστι reipublicae causa

4. ἐκ τῆς reipublicae causa ἀποδημίας

5. ἀπὸ τῆς reipublicae causa ἀποδημίας

6. ἐπίτροπος ὄν reipublicae causa ἀποδημῶ

7. ὄν ἐπίτροπος reipublicae causa ἀποδημῶ

TAI.IV.06.05

8. ἐν τῷ μεταξύ reipublicae causa ἀποδημῆση

TAI.IV.10.Txt

9. reipublicae causa ἀποδημούντων πράγματα κλαπῆναι

10. reipublicae causa ἀπόντος

Scholia in “Librorum Basilicorum LX”

B. B. VIII.01.001.Vo.037

11. ἀπὸν ρεί πούβλικαι καῦσα κατεδικάσθη

12. reipublicae de causa

B. B. VIII.02.033.Vo.010

13. reipublicae causa

B. B. VIII.02.062.Vo.001

14. ρεί πούβλικαε καῦσα μέλλει ἐκδημεῖν

B. B. XII.01.014.Ca.001

15. ὡς ρείπουβλικαε καῦσα μέλλων ἀποδημεῖν

B. B. XII.01.014.Ca.002

16. ρειπουβλίκαιε καῦσα μέλλει ἐπὶ πολὺν ἀποδημεῖν
B.B.XII.01.016.Ca.001
17. ἀπεῖναι ρειπουβλίκαιε καῦσα τοὺς μὴ κατὰ ἀνάγκην
B.B.XII.01.016.Ca.002
18. μέλλειν αὐτὸν ἀπολιμπάνεσθαι ρειπουβλίκαιε καῦσα
B.B.XII.01.063.Ca.013
19. οἷον ρειπουβλίκαιε καῦσα ἀποδημία
B.B.XIV.01.056.Ca.011
20. ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα μέλλον ἀποδημεῖν
B.B.XXI.01.007.Pa.001
21. οἱ μετὰ τινος ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀπολιμπανόμενοι
B.B.XXII.01.019.Pa.003
22. ἐαυτὸν ἀπολειφθῆναι ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
B.B.XXII.05.009.Pa.019
23. μετὰ τὴν ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα τυχὸν ἀποδημίαν
B.B.XXIII.01.076.Pa.003
24. τὴν ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀποδημίαν
B.B.XXIII.03.017.Pa.007
25. τῷ ἀπόντι ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
B.B.XXIII.03.021.Pa.001
26. τὸν χρεώστην ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀπολειφθῆναι
B.B.XXXVIII.01.010.Pb.006
27. οἱ μέλλοντες ἀποδημεῖν *rei publicae causa transmare*
28. περὶ δὲ τῶν ἀληθῶς ἀποδημούντων *rei publicae causa*
B.B.XXXVIII.01.040.Pb.001
29. σύνεδροι καὶ *rei publicae causa* ἀπεῖναι
B.B.XXXVIII.01.044.Pb.001
30. μὴ ἀπολιμπάνεται ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
31. ἐκ τῆς *rei publicae causa* ἀποδημίας
32. πρὸ τῆς *rei publicae causa* ἀποδημίας
33. *rei publicae causa* ἀποδημῆση
34. μέλλον ἀποδημεῖν *rei publicae causa*
35. ἀποδημῆσει *rei publicae causa*
B.B.XXXVIII.01.044.Pb.002
36. μὴ ἀπολιμπάνεται ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
B.B.XXXVIII.01.047.Pb.001
37. τοῦ ἀποδημοῦντος *rei publicae causa* παύεται τῆς διοικήσεως
B.B.XXXVIII.01.079.Pb.002
38. οὐκ αὐτὸ τὸ ἀπολειφθῆναι αὐτὸν *rei publicae causa*
B.B.XXXIX.01.019.Pb.005
39. ὁ δὲ *rei publicae causa*
B.B.XLVIII.05.005.Pc.001
40. ὁ μὲν κληρονόμος ἄπεστι *rei publicae causa*
B.B.LX.01.006.Pe.001
41. Τυχὸν γὰρ ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀπεδήμουν
B.B.LX.23.006.Pe.001
42. τοῦ ἀπολιμπανομένου *rei publicae causa*
B.B.LX.23.006.Pe.002
43. τὰ μάλιστα ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀπελιμπάνετο
44. τοῦ ἀπολιμπανομένου ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
B.B.LX.33.017.Pe.003
45. Πολλάκις γὰρ ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα ἀπολιμπάνεται
B.B.LX.34.012.Pe.005
46. ἀποδημῆσας *rei publicae causa*
47. διὰ τὴν *rei publicae causa* ἀποδημίαν
B.B.LX.37.016.Pe.004
48. ἐν Ἰταλίᾳ ρεῖι πουβλίκαιε καῦσα
B.B.LX.37.055.Pe.001

49. *kān feirpublicae caūsa āποδημη*
Scholia in “*Eclogam Basilicorum*”
EB.Schol.VII.17.002
50. *διὰ τὸ μέλλειν ἀποδημεῖν ρεῖπουβλικαε καῦσα*
EB.Schol.X.01.008
51. *τοῦ δημοσίας χάριν αἰτίας ἤτοι ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀποδημοῦντος*
52. *οἱ δὲ ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀποδημοῦντες τέλειοι ὄντες*
EB.Schol.X.03.048
53. *οὐ τὸν ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀποδημοῦντα*
54. *ὁ γὰρ ἐν ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀποδημῶν*
“*Romaikai Agogai*” (P.)
RA.P.2.10
55. *τοῖς ῥε πουβλικαε ἀποδημοῦσιν*
RA.P.9.56 (Append.)
56. *τοῖς ρεῖπουβλικαε καῦσα ἀπολειφθεῖσι*
Lexicon αὐσηθ (Cod. Laurentianus 80.2)
57. *ρεῖπουβλικαεκαῦσα · ἔνοχοι τῇ δημοσίᾳ αἰτία*

Bibliography

Sources

- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 1: Textus librorum I–VIII / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1955. XIX, 1–438 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 2: Textus librorum IX–XVI / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1956. XXI, 439–842, 843–844 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 3: Textus librorum XVII–XXV / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1960. XII, 843–1236, 1237–1240 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 4: Textus librorum XXVI–XXXIV / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1962. XII, 1241–1558, 1559–1560 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 5: Textus librorum XXXV–XLII / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1967. XIV, 1559–1944, 1945–1947 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 6: Textus librorum XLIII–LII / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1969. XIV, 1945–2430, 2431–2433 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 7: Textus librorum LIII–LIX / ed. H. J. Scheltema, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1974. XXVII, 2435–2726, 2727–2733 p.
- Basilicorum libri LX. Series A. Textus Librorum. Vol. 8: Textus librorum LX / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1988. XXV, 2735–3131, 3132–3133 p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 1: Schol. in libr. I–XI / ed. H. J. Scheltema.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1953. XIV, 1–448, [2] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 2: Schol. in libr. XII–XIV / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1954. XIII, 449–838, [2] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 3: Schol. in libr. XV–XX / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1957. XV, 839–1219, 1220–1221, [2] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 4: Schol. in libr. XXI–XXIII / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1958. IX, 1221–1715, 1716–1718 p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 5: Schol. in libr. XXIV–XXX, ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1961. IX, 1719–2157, 2158–2162 p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 6: Schol. in libr. XXXVIII–XLII, 1, ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1964. IX, 2159–2174, [6] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 7: Schol. in libr. XLII, 2–XLVIII / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1965. VIII, 2575–3020, [7] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 8: Schol. in libr. LVIII–LX, 16 / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda, N. Wal, van der.* – Groningen, J. B. Walters; Gravenage, Martinus Nunoff, 1983. XIII, 3021–3476, [7] p.
- Basilicorum libri LX. Series B. Scholia. Vol. 9: Schol. in libr. LX, 17–69 / ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda, N. Wal, van der.* – Groningen : J. B. Walters; Gravenage : Martinus Nunoff, 1985. IX, 3477–3954, [9] p.
- Burgmann L. ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ ΔΙΓΛΩΣΣΟΣ: Latina in der Novellenbearbeitung des Athanasios von Emesa. Subseciva Groningana: Studies in Roman and Byzantine Law / Novella Constitutio: Studies in Honor of Nicolaas van der Wal. Bd. IV.* – Groningae: Egbert Forsten, 1990. S. 57–82.

- Burgmann L.* Das Lexikon ἄδει — Ein Theophilosglossar. *Fontes Minores* / ed. *D. Simon*. Bd. 6. Frankfurt a/M: Löwenklau Gesellschaft E. V., 1984. S. 19–61.
- Burgmann L.* Das Lexicon ἀδσηθ. *Lexica Iuridica Byzantina* / *Fontes Minores* / ed. *L. Burgmann, M.-Th. Fögen, R. Meijering, B. H. Stolte*. Bd. 8. Frankfurt a/M: Löwenklau Gesellschaft E. V., 1990. S. 248–337.
- Corpus Iuris Civilis* / ed. *R. Schoell*, abs. *G. Kroll, P. Krueger, Th. Mommsen*. In 3 vols. Vol. 1: *Institutiones* / ed. *P. Krueger*. Repr., 16. ed. stereot. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. XX, 1–56 p. (pagin. esp.).
- Corpus Iuris Civilis* / ed. *R. Schoell*, abs. *G. Kroll, P. Krueger, Th. Mommsen*. In 3 vols. Vol. 1: *Digesta* / ed. *Th. Mommsen*. Repr., 16. ed. stereot. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. XVIII, 1–926; 927–957 p. (pagin. esp.).
- Corpus Iuris Civilis* / ed. *R. Schoell*, abs. *G. Kroll, P. Krueger, Th. Mommsen*. In 3 vols. Vol. 2: *Codex Iustinianus* / ed. *P. Krueger*. Repr., 16. ed. stereot. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. XXVIII, 1–488, 489–513 p.
- Corpus Iuris Civilis* / ed. *R. Schoell*, abs. *G. Kroll, P. Krueger, Th. Mommsen*. In 3 vols. Vol. 3: *Novellae* / ed. *R. Schoell, G. Kroll*. Repr., 16. ed. stereot. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. XX, 1–803, 804–813 p.
- Ecloga Basilicorum* / ed. *L. Burgmann*. Frankfurt a/M.: Löwenklau-Gesellsch., 1988. XXXIII, 622 S.
- Fögen M.-Th.* Das Lexikon zur Hexabiblos aucta. *Lexica Iuridica Byzantina* / *Fontes Minores* / ed. *L. Burgmann, M.-Th. Fögen, R. Meijering, B. H. Stolte*. Bd. 8. Frankfurt a/M: Löwenklau Gesellschaft E. V., 1990. S. 153–214.
- Meijering R.* Ῥωμαϊκὰ ἀγωγαί. Two Byzantine Treatises on Legal Actions. *Lexica Iuridica Byzantina* / *Fontes Minores* / ed. *L. Burgmann, M.-Th. Fögen, R. Meijering, B. H. Stolte*. Bd. 8. Frankfurt a/M: Löwenklau Gesellschaft E. V., 1990. S. 1–152.
- Stolte B. H.* The Lexicon Μαγκίπιου. *Lexica Iuridica Byzantina* / *Fontes Minores* / ed. *L. Burgmann, M.-Th. Fögen, R. Meijering, B. H. Stolte*. Bd. 8. Frankfurt a/M: Löwenklau Gesellschaft E. V., 1990. S. 339–380.
- Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* / ed. *J. H. Lokin, R. Meijering, B. H. Stolte, N. Wal, van der, B. F. Murison*. Groningen: Chimaira, 2010. LIV, 1048 p.

References

- Audier, S.* Les Théories de la République. Paris : La Dé Couverte, 2015. 125 p.
- Beck, H.-G.* Res Publica Romana: Vom Staatsdenken der Byzantiner. München: Verl. v. der Bayerischen Akad. d. Wissensch., 1970. 41 S.
- Dozhdev, D. V.* Corpus Iuris Civilis. In: *D. V. Dozhdev, E. V. Silvestrova Orthodox Encyclopedia [Corpus Iuris Civilis, Pravoslav'naya entsiklopediya]*. T. 38. M., 2015. P. 156–166.
- Drexler, H.* Res Publica. In: *Drexler, H. Res Publica. History of the concept [Res Publica. Istoriya ponyatiya]*. Ed. by *O. V. Kharkhordin*. St. Petersburg., 2009. P. 67–170.
- Efimov, V. V.* Dogma of Roman law [Dogma rimskogo prava]. St. Petersburg.: Book. mag. Zinzerlinga, 1901. 639 p.
- Grimm, D. D.* Lectures on the dogma of Roman law. Textbook [Lektsii po dogme rimskogo prava. Posobie]. Pg.: State. type., 1916. XII, 409 p.
- Grimm, D. D.* Lectures on the dogma of Roman law. Textbook [Lektsii po dogme rimskogo prava. Posob]. Kyiv: Sovetsk. type., 1919. XI, 279 p.
- Grimm, D. D.* Lectures on the dogma of Roman law [Lektsii po dogme rimskogo prava]. Ed. and foreword. by *V. A. Tomsinova*. M.: Mirror MIKD, 2003. 495 p.
- Grimm, D. D.* Full translation of Latin words and quotes from the Dogma of Roman law [Polnyy perevod latinskikh slov i tsitat iz Dogmy rimskogo prava]. St. Petersburg: Liberation, 1908. 96 p.
- Guide to Latin in International Law* / ed. *A. X. Fellmeth, M. Horowitz*. Oxford : Oxfor Univ. Pr., 2009. XXIV, 298 p.
- Kaldellis, A.* The Byzantine Republic: People and Power at New Rome. Harward : Harward Univ. Pr., 2015. XVIII, 290 p.
- Kharkhordin, O. V.* Was RES PUBLICA a thing? [Byla li RES PUBLICA veshch'yu?]. Emergency Reserve. Debate about politics and culture [Neprikosnovenny zapas, Debaty o politike i kul'ture]. 2007. No. 5 (55). P. 97–119.
- Kharkhordin, O. V.* Was RES PUBLICA a thing? [Byla li RES PUBLICA veshch'yu?] In: *O. V. Kharkhordin What is the republican tradition [Chto takoe respublikanskaya traditsiya]*. St. Petersburg.: IEUSP, 2009. P. 45–73.
- Kharkhordin, O. V.* Why Res Publica is not a State: Stoic Grammar and Cicero's Discursive Practices in His Theory of the Republic [Pochemu Res Publica — ne gosudarstvo: grammatika stoikov i diskursivnye praktiki Tsitserona v ego teorii respublik]. In: *O. V. Kharkhordin Modern Republican Theory of Freedom [Sovremennaya respublikanskaya teoriya svobody]*. Scientific ed. *E. N. Roschin*. St. Petersburg.: IEUSP, 2015. P. 137–179.
- Kharkhordin, O. V.* The Republic, or the Case of the Public [Respublika, ili Delo publik]. St. Petersburg. : IEUSP, 2020. 162 p.
- Kharkhordin, O. V.* Republic. Full version [Respublika. Polnaya versiya]. St. Petersburg.: IEUSP, 2021. 208 p.
- Kharkhordin, O. V.* "Res publica": the revival of interest ["Res publica": vozrozhdenie interesa]. Emergency Reserve. Debate about culture and politics [Neprikosnovenny zapas, Debaty o politike i kul'ture]. No. 5 (55). M., 2007. P. 83–96.

18. *Kharkhordin, O. V.* "Res publica": the revival of interest. [Instead of a preface] ["Res publica": vozrozhdenie interesa. [Vместo predisloviya]]. In: O. V. Kharkhordin What is the republican tradition [Chto takoe respublikanskaya traditsiya. St. Petersburg. : IEUSP, 2009. P. 7–22.
19. *Kharkhordin, O.* Why "RES PUBLICA" is not a State: the Stoic Grammar and Discursive Practices in Cicero's Conception. In: O. Kharkhordin History of Political Thought. 2010. Vol. 31, No 2. P. 221–245.
20. *Kharkhordin, O.* Chapter Six. Res Publica and Res Publicae. History and Politics of the Terms. In: The Materiality of the Res Publica: How to Do Things with Publics / ed. *D. Colas and O. Kharkhordin.* Cambridge : Cambr. Scholars Publ., 2009. P. 217–269.
21. *Khvostov, V. M.* The system of Roman law. A common part. Lecture notes [Sistema rimskogo prava. Obshchaya chast'. Konsp. Lekts]. M.: Type. Vilde, 1907. 207 p.
22. *Khvostov, V. M.* The system of Roman law. Family law. Inheritance law. Lecture notes [Sistema rimskogo prava. Semeynoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Konsp. Lekts]. M: Univers. type., 1900. III, 137 p.
23. *Khvostov, V. M.* The system of Roman law. Family law. Inheritance law. Lecture notes [Sistema rimskogo prava. Semeynoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Konsp. lekts.]. M: Type. Vilde, 1909. VI, 147 p.
24. *Lyasse, E.* Le rapports entre le notions "res publica" et "civitas" dans conception romaine de la cité et l'Empire / E. Lyasse. Latomus. 2007. T. 66, fasc. 3. P. 580–605.
25. *Mager, W.* Republik In: Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland / hrsg v. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck. Stuttgart: Klett-Gotta, 1994. S. 549–651.
26. *Mager, W.* Spätmittelalterlich Wandlungen des politischen Denkens im Spiegel des res publica-Begriffs. In: Sozialer Wandel im Mittelalter: Wahrnehmungsformen, Erklärungsmuster, Regelungsmechanismen / hrsg. v. J. Miethke, K. Schreiner. Sigmaringen : Jan Thorbecke Verl., 1994. S. 401–410.
27. *Marey, A. V.* The concept of res publica in European political and legal thought: from Ancient Rome to the 17th centuries [Ponyatie res publica v evropeyskoy politiko-pravovoy mysli ot Drevnego Rima do XVII v.]. In: A. V. Marey Res Publica: Russian republicanis [Russkiy respublikanizm]. Ed. by K. A. Solovyova. M.: NLO, 2021. P. 19–75.
28. *Petrov, A. V.* Development of the doctrine of limited real rights to real estate in Byzantine jurisprudence after the codification of Justinian [Razvitie ucheniya ob ogranichennykh beshchnykh pravakh na nedvizhimost' v vizantiyskoy yurisprudentsii posle kodifikatsii Yustiniana]. Humanitarian and legal research [Gumanitarnye i yuridicheskije issledovaniya]. 2019. No. 3. P. 150–156.
29. *Riedel, M.* Gesellschaft, bürgerliche. In: M. Riedel Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2 / hrsg. v. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck. Stuttgart: Klett-Cotta, 1975. S. 719–800.
30. *Riedel, M.* Gesellschaft, Gemeinschaft. In: M. Riedel Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2 / hrsg. v. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck. Stuttgart: Klett-Cotta, 1975. S. 801–862.
31. *Stark, R.* Res Publica Res Publica. History of the concept. Sat. Art. [Res Publica. Istoriya ponyatiya. Sb. st.]. Ed. by O. V. Kharkhordin. St. Petersburg.: Publishing House of the European University, 2009. P. 7–66.
32. *Stark, R.* Res Publica. Additions of 1966 [Res Publica. Dopolneniya 1966 goda]. In: R. Stark Res Publica. History of the concept. Sat. Art. [Res Publica. Istoriya ponyatiya. Sb. st.]. Ed. by O. V. Kharkhordin. St. Petersburg: Publishing House of the European University, 2009. P. 256–269.
33. *Suerbaum, V.* Cicero: De re publica. In V. Schurbaum Res Publica. History of the concept [Res Publica. Istoriya ponyatiya.]. Sat. Art. ed. O. V. Kharkhordin. St. Petersburg: Publishing House of the European University, 2009. P. 171–246.
34. *Tiraspol'sky, G. A.* Roman laws. (Pre-Justinian era). Dictionary-reference book [Rimskie zakony. (Predyustinianskaya epokha). Slovar'-spravochnik]. M.: Flinta, 2010. 312 p.
35. *Vin, Yu. Ya.* The concept of RES PUBLICA and its reception in Byzantine law: preliminary observations on Slavic compilations in the light of the informational approach and cognitive research [Koncept RES PUBLICA i ego retseptsiya v vizantiyskom prave: predvaritel'nye nablyudeniya nad slavyanskimi kompilyatsiyami v svete informatsionnogo podkhoda i kognitivnykh izyskaniy]. In: Interethnic contacts in the socio-cultural aspect, Eastern Europe in Antiquity and the Middle Ages [Mezhethnicheskije kontakty v sotsiokul'turnom aspecte, Vostochnaya v Drevnosti i Srednevekov'e]. Corresponding Member Memory Readings USSR Academy of Sciences V. T. Pashuto [Chteniya pamyati chl.-kor. AN SSSR V.T. Pashuto]. Vol. 35. M.: IVI RAN, 2022. P. 55–60.
36. *Vin, Yu. Ya.* The concept of "res publica" and its reception in Byzantine law: transliterations [Koncept "Res publica" i ego retseptsiya v vizantiyskom prave: Transliteratsii]. Bulletin of the Volgograd State University. Series 4, History. Regional studies. International relationships [Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta, Seiya 4, Istoriya, Regionovedenie, Mezhdunarodnye otnosheniya]. 2022. V. 27, No. 6. P. 310–338
37. *Vin, Yu. Ya.* Reception and transliteration of concepts and terms of Byzantine law: cognitive aspects of systematization [Retseptsiya ponyatiy i terminov vizantiyskogo prava: kognitivnye aspekty sistematzatsii]. Bulletin of the Volgograd State University. Ser. 4. History. Regional studies. International relationships [Vestnik Volgogradskogo

- gosudarstvennogo universiteta. Ser. 4. Istoriya, Regionovedenie, Mezhdunarodnye otnoshenuya]. 2018. Vol. 23, No. 5. P. 6–24.
38. *Vin, Yu. Ya.* The Reception and Transliteration of Concepts and Terms of Byzantine Law: Cognitive Aspects of Systematization. In: Yu. Ya. Vin Nomophylax. Collection of Papers in Honor Srđan Šarkić / ed. T. Ilić., M. Božić. Beograd: Pravni Fakultet Univerziteta UNION, 2020. P. 203–224.
39. *Wal, N., van der.* Die Schreibweise der dem lateinischen entlehnten Fachworte in der Frühbyzantinischen Juristenschprache. Scriptorium. 1983. Vol. 37. S. 29–53.
40. *Williams, R. S.* Rei Publicae causa: Gabinius' Defense of His Restotation of Ptolemy Aulets. The Classical Journal. 1985. Vol. 81. No. 1. P. 25–38.

О некоторых проблемах применения принципа справедливости во внутренней деятельности хозяйственных обществ

Цепов Георгий Викторович, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация)
доцент, адвокат, кандидат юридических наук; e-mail: gtsepov@hse.ru.

Аннотация

Для достижения справедливости во внутренней деятельности хозяйственных обществ требуется сочетание как организационно-властных, так и контрактных механизмов, что обусловлено дуалистической (статутной и контрактной) природой хозяйственного общества. Принцип пропорциональности, эффективно применяемый для распределения активов, не может в полной мере гарантировать справедливость при осуществлении управленческой деятельности, поскольку для принятия управленческих решений требуется консолидация корпоративной власти. Осуществление мажоритарными участниками властных функций может привести к умалению инвестиционных интересов миноритарных участников. Решением проблемы служит выкуп хозяйственным обществом доли участия по требованию участника при наступлении (ненаступлении) определенных обстоятельств, что может рассматриваться как выкуп заранее неопределенной ренты. Несмотря на наличие в корпоративном законодательстве специальных правил, регулирующих приобретение доли (выкуп акций) участника по его требованию, для достижения справедливости целесообразно закрепить и общее правило о праве участника, с учетом предусмотренных законом и уставом условий, потребовать выкупа хозяйственным обществом принадлежащей ему доли (акций) в случае нарушения обществом разумных инвестиционных ожиданий участника.

Ключевые слова: хозяйственное общество, принцип справедливости, принцип пропорциональности, внутренняя деятельность, выкуп акций, приобретение доли.

On Some Problems of Applying the Principle of Farness in the Internal Activities of Business Corporations

Georgy V. Tsepov, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation)
Associate Professor, advocate, PhD in Law; e-mail: gtsepov@hse.ru.

Abstract

Achieving fairness in the internal activities of business corporation requires a combination of both organizational and contractual mechanisms, which is due to the dualistic (statutory and contractual) nature of the business corporation. Effectively applied for asset allocation the principle of proportionality cannot fully guarantee fairness in the implementation of management activities, since consolidation of corporate power is required for managerial decision-making. The exercise of power functions by majority shareholders may lead to infringement of the investment interests of minority ones. The solution to the problem is the redemption of the share by the business corporation at the request of the stockholder upon the occurrence (non-occurrence) of certain circumstances, which can be considered as the redemption of an unspecified rent in advance. Despite the existence of special rules in corporate legislation governing the repurchase of shares at the request of a shareholder in order to achieve fairness it is advisable to fix the general rule on the right of a shareholder of a business corporation, taking into account the conditions provided for by law and the charter, to demand the repurchase by a business corporation of his shares in case of violation by the corporation of his reasonable investment expectations.

Keywords: business corporation, principle of justice, principle of proportionality, internal activities, redemption of shares.

1. Введение

Принцип справедливости является одним из фундаментальных принципов права, и корпоративного права в частности. Данный принцип поставлен законодателем в один ряд с принципами соразмерности и недопустимости

извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (п. 1 ст. 308.3, п. 5 ст. 393 ГК РФ). Недобросовестное поведение не может быть справедливым.

Вместе с тем формализация справедливого поведения — трудно решаемая задача. Тем не менее в силу принципа правовой определенности¹ содержание требования справедливого поведения для целей правоприменения должно быть достаточно конкретным, понятным как сторонам правоотношения, так и суду.

Неприемлемо противопоставлять нормы нравственности, в том числе требования справедливости и экономической эффективности², особенно для целей регулирования инвестиционных и предпринимательских отношений. Нельзя согласиться и с противопоставлением норм гражданского законодательства и нравственности: правовые нормы должны впитывать идеи справедливости, а не противопоставляться им³. В противном случае имеется риск создания параллельной позитивному праву системы квазиправа, что вызовет социальную турбулентность.

Отсутствие инструментов для измерения справедливого в имущественных отношениях приведет к иррациональности в правоприменительной деятельности, что противоречит целям и принципам правового регулирования экономических отношений, а соответственно, и самой идее справедливости. Иными словами, для целей правового регулирования справедливость в имущественных отношениях должна подлежать рациональной оценке⁴, а значит, и экономическому анализу⁵. Сильная сторона экономического анализа как раз и состоит в возможности изучения правовых норм с учетом их положительного и отрицательного влияния на регулируемые отношения, определяемого в количественно-стоимостном выражении (деньгах).

Каким же образом можно попытаться формализовать идею справедливости применительно к внутренней деятельности хозяйственных обществ?

2. Пропорциональность как средство гармонизации интересов в условиях множественности

Принцип справедливости в гражданско-правовых отношениях реализуется с учетом принципов автономии воли и формального равенства (п. 1, 2 ст. 1 ГК РФ). Наиболее ярко это проявляется в договорных отношениях. Считается, что договоры имеют социальную ценность, поскольку они создают совместную стоимость путем обмена (торговли)⁶. Предполагается, что в условиях формального равенства и свободного рационального выбора (хотя и ограниченно) справедливость имманентно присуща договору, заключенному свободно и добросовестно: договор не был бы заключен, если бы обе стороны не рассчитывали на улучшение своего благосостояния⁷. В этом случае справедливое распределение благ совпадает с их эффективным распределением. Несоответствие формального и экономического равенства сторон договора и отклонений условий договора от обычных условий к выгоде одной из сторон,

¹ «...Неопределенность содержания правовой нормы не может обеспечить ее единообразное понимание, ослабляет гарантии защиты конституционных прав и свобод, может привести к нарушению принципов равенства и верховенства закона» (п. 5.2. Постановления Конституционного Суда РФ от 20.12.2011 № 29-П «По делу о проверке конституционности положения подп. 3 п. 2 ст. 106 Воздушного кодекса РФ в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Авиационная компания «Полет» и открытых акционерных обществ «Авиакомпания «Сибирь» и «Авиакомпания «ЮТэйр»». Собрание законодательства РФ, 2012. № 2. Ст. 397).

² Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 23.

³ См.: Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. В кн.: Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. С. 293–301.

⁴ Еще Аристотель отмечал, что «право есть нечто соотносительное [то есть пропорциональное]. А входит в пропорцию — это свойство не только числа самого по себе, но вообще числяемого... Судья уравнивает по справедливости, причем так, как [геометр уравнивает отрезки] неравно поделенной линии: насколько больший отрезок выходит за половину, столько он отнял и прибавил к меньшему отрезку... правосудие при обмене, противной воле, — это, во-первых, середина между своего рода наживой и убытком и, во-вторых, обладание справедливо равной [долей] до и после [обмена]» (Аристотель. Никомахова этика. В кн.: Аристотель. Сочинения в 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. С. 151, 153, 154).

⁵ Гаджиев Г. А. Легитимация идей «Права и экономики» (новые познавательные структуры для гражданского права). Вестник гражданского права, 2017. № 6. С. 108–173; Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления. М.: Издательство Института Гайдара, 2016.

⁶ См.: Eisenberg M. A. The Structure of Corporation Law. Columbia Law Review, 1989. Vol. 89. № 7. P. 1463.

⁷ «Что справедливость составляет идеальное начало, определяющее отношение мены, с этим можно вполне согласиться; но чем определяется в каждом данном случае равенство подлежащих обмену вещей или услуг? Ничем иным, как свободным соглашением...», — писал Б. Н. Чичерин. Тем не менее «есть однако случаи, когда и в частных отношениях закон требует установления справедливой цены. Это бывает там, где нет настоящего договора или воля сторон ясно не выражена...» (Чичерин Б. Н. Философия права. М.: Типо-литография Товарищества И. Н. Кушнерев и Ко., 1900. С. 143, 144). «Всякий договор, — по мнению И. А. Покровского, — является осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права. Вследствие этого верховным началом во всей этой области является принцип договорной свободы. Вместе с началом частной собственности этот принцип служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя. Уничтожение этого принципа обозначало бы полный паралич гражданской жизни, обречение ее на неподвижность... В частно-правовой, децентрализованной системе народного хозяйства меновая ценность обмениваемых товаров или услуг определяется именно свободными соглашениями в зависимости от экономического закона спроса и предложения. Свободный договор является одновременно продуктом и выражением, творением и творцом этого закона» (Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 249–250, 263).

напротив, может считаться несправедливым и влечь восстановление нарушенных законных интересов одной из сторон судом.

Принцип формального равенства применяется и к корпоративным отношениям⁸, *включающим в себя не только организационную (властную), но и контрактную составляющую*⁹.

Справедливость в корпоративных отношениях¹⁰, учитывая сопряженность отношений участия и ограниченность ресурсов хозяйственного общества, прежде всего достигается путем реализации *принципа пропорциональности*, являющегося разновидностью принципа формального равенства¹¹ и применяющегося в условиях множественности субъектов, объединенных общей целью, для гармонизации их интересов¹².

Применение принципа пропорциональности¹³ к отношениям участия обусловлено следующими основными факторами: а) наличием у участников хозяйственного общества обособленной общей цели, признаваемой целью хозяйственного общества, которой они должны отдавать приоритет; б) ограниченностью ресурсов хозяйственного общества; в) делимостью денежных средств; г) равной стоимостью единицы вкладов. Соответственно, стоимость чистых активов общества делится между участниками¹⁴ пропорционально долям участия в уставном капитале. Произвольное перераспределение благ в пользу одних участников за счет других участников не допускается.

Наиболее полно принцип пропорциональности воплощается в нормах акционерного законодательства и законодательства о рынке ценных бумаг. Акции, являясь эмиссионными ценными бумагами, характеризуются тем, что имеют равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска независимо от времени их приобретения¹⁵. Каждая обыкновенная акция общества предоставляет акционеру — ее владельцу — одинаковый объем прав¹⁶.

⁸ Здесь и далее термин «корпоративное отношение» используется в значении «корпоративное правоотношение», если иное не следует из контекста.

⁹ Для хозяйственного общества (акционерного общества, общества с ограниченной ответственностью) отношения участия имеют организующее значение, без которых (как класса) хозяйственное общество существовать не может. При реализации права участия на общем собрании участников от имени общества тем самым принимаются властные решения в отношении его имущества. (См.: *Цепов Г. В.* Понятие и природа членских отношений. Государство и право, 2019. № 6. С. 113–117.) Под термином «участники» здесь и далее понимаются как участники обществ с ограниченной ответственностью, так и акционеры, если иное не следует из контекста.

¹⁰ Принцип справедливости раскрывается в Кодексе корпоративного управления. Так, п. 1.1 разд. I ч. А «Принципы корпоративного управления» предусмотрено, что общество должно обеспечивать *равное и справедливое* отношение ко всем акционерам при реализации ими права на участие в управлении обществом. Согласно п. 1.2 акционерам должна быть предоставлена *равная и справедливая* возможность участвовать в прибыли общества посредством получения дивидендов. П. 1.3.1 установлена обязанность общества создать условия для *справедливого отношения* к каждому акционеру со стороны органов управления и контролирующих лиц общества, в том числе обеспечивающие недопустимость злоупотреблений со стороны крупных акционеров по отношению к миноритарным акционерам и т. д. О справедливости указано и в п. 5.1.3 и п. 7.1 Кодекса (Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления»).

¹¹ Как следует из Определения Конституционного Суда РФ от 18.06.2004 № 263-О, принцип равенства всех перед законом и судом, гарантированный ст. 19 (ч. 1) Конституции РФ, означает, что *при равных условиях* субъекты права должны находиться *в равном положении* (Определение Конституционного Суда РФ от 18.06.2004 № 263-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Симакова Сергея Ивановича на нарушение его конституционных прав абз. 1 п. 1 ст. 91 Федерального закона»).

¹² Как разъяснил Конституционный Суд РФ, «поскольку в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества могут сталкиваться интересы кредиторов и акционеров, акционеров и менеджмента, акционеров — владельцев крупных пакетов акций и миноритарных акционеров, одной из основных задач законодательства об акционерных обществах является обеспечение баланса их законных интересов» (Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах», регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании «Кадет Истеблишмент» и запросом Октябрьского районного суда города Пензы»). Собрание законодательства РФ, 2004. № 9. Ст. 830). В Определении от 03.07.2007 № 681-О-П Конституционный Суд РФ указал на необходимость установления в законодательном порядке баланса законных интересов, с одной стороны, самого акционерного общества, которое стремится к снижению своих издержек, и с другой — его участников, чьи права затрагиваются принимаемым решением по управлению обществом, имея при этом в виду, что ограничение прав владельцев выкупаемых ценных бумаг преследует законную цель достижения общего для открытого акционерного общества интереса, содержанием которого является эффективное управление обществом (Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2007 № 681-О-П «По жалобам граждан Ю. Ю. Колодкина и Ю. Н. Шадеева на нарушение их конституционных прав положениями ст. 84.8 Федерального закона «Об акционерных обществах» во взаимосвязи с ч. 5 ст. 7 Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации»). Собрание законодательства РФ, 2007. № 46. Ст. 5643). См. также: Постановление Конституционного Суда РФ от 21.02.2014 № 3-П «По делу о проверке конституционности п. 1 ст. 19 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Фирма Рейтинг». Собрание законодательства РФ, 2014. № 9. Ст. 951.

¹³ О принципе пропорциональности в корпоративных отношениях см., в частности: *Москевич Г. Е.* Принцип пропорциональности в корпоративном праве. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2019. № 12. С. 148–178.

¹⁴ Под термином «участник» здесь и далее понимается как участник общества с ограниченной ответственностью, так и акционер, если иное не следует из контекста.

¹⁵ См.: подп. 1, 10 п. 1. ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о рынке ценных бумаг). Собрание законодательства РФ, 1996. № 17. Ст. 1918.

¹⁶ См.: п. 1 ст. 31 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах). Собрание законодательства РФ, 1996. № 1. Ст. 1.

Номинальная стоимость всех обыкновенных акций общества должна быть одинаковой. Номинальная стоимость привилегированных акций одного типа и объем предоставляемых ими прав также должны быть одинаковыми¹⁷. Выплата дивидендов осуществляется пропорционально принадлежащим акционерам акциям соответствующих категорий и типов. Принцип пропорциональности применяется и при распределении имущества в случае ликвидации общества¹⁸. Его действию подчинены и другие случаи предоставления (распределения) имущественных благ общества.

Хотя доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью могут иметь разную номинальную стоимость и неодинаковую величину, но размер доли участника общества должен соответствовать соотношению номинальной стоимости его доли и уставного капитала общества, а действительная стоимость доли участника общества соответствует части стоимости чистых активов общества, пропорциональной размеру его доли¹⁹. Распределение чистой прибыли и имущества при ликвидации общества с ограниченной ответственностью подчиняется принципу пропорциональности²⁰.

Учредители и последующие приобретатели размещаемых акционерным обществом дополнительных акций или размещаемых обществом с ограниченной ответственностью долей участия обязаны оплачивать приобретаемые акции (доли) исходя из их справедливой оценки, исключающей приобретение акций (долей) на неэквивалентных условиях²¹.

3. Ограничение действия принципа пропорциональности

Применение принципа пропорциональности к отношениям участия в хозяйственных обществах имеет *естественные границы, обусловленные двуединой (статутной и контрактной) природой* хозяйственного общества²².

Реализация принципа пропорциональности к распределению имущественных благ закономерна: имущественные блага делятся соразмерно внесенным вкладам в уставный капитал. Напротив, *для принятия решения органом управления хозяйственного общества корпоративная власть должна быть консолидирована*. Применение принципа пропорциональности к распределению голосов ведет к противоположным последствиям, чем реализация данного принципа в отношении распределения имущества.

Так, потребность хозяйственного общества в осуществлении экономической деятельности требует принятия высшим органом управления общества — общим собранием участников (акционеров) управленческих решений. Однако *любой из способов принятия решения* (простым большинством голосов, квалифицированным большинством голосов, единогласно) в той или иной степени *может порождать несправедливость*. Например, принятие решений большинством голосов может повлечь ущемление интересов миноритарных участников. Требование о принятии решения единогласно умаляет интересы мажоритарных участников. Принятие решения квалифицированным большинством голосов может не соответствовать интересам либо мажоритарных, либо миноритарных участников²³.

Вопрос о том, в пользу интересов какой из групп участников и по каким вопросам компетенции общего собрания участников законодатель должен высказать предпочтение, непростой. Корпоративная практика показала,

¹⁷ См.: абз. 3 п. 1 ст. 25 Закона об акционерных обществах.

¹⁸ См.: ст. 23 Закона об акционерных обществах.

¹⁹ См.: ст. 14 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью). Собрание законодательства РФ, 1998. № 7. Ст. 785.

²⁰ См.: ст. 28, 58 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

²¹ Указанный подход отчетливо выражен в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352: «При получении инвестором доли, наделяющей его имущественными и корпоративными правами, явно не соответствующими объему внесенного им дополнительного вклада, обмен ценностями не является эквивалентным. В этом случае, по сути, приобретение доли осуществляется инвестором как за счет его дополнительного вклада, так и за счет вложений в общество, сделанных ранее бывшим единственным участником, то есть происходит прирост активов инвестора за счет снижения актива бывшего единственного участника (уменьшения размера его доли в стоимостном выражении), причиняя тем самым вред кредиторам последнего» (Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352 по делу № А31-4923/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»). Ранее в Постановлении от 14.03.2006 № 12591/05 по делу № А45-21009-04-КГ11-500 Президиум ВАС РФ указал: «...Приобретение одними акционерами по отношению к акционерному обществу большего объема права (большого количества голосов), чем это удостоверено принадлежащими им акциями, без предоставления обществу определенного имущественного эквивалента в виде вклада в его уставный капитал или без пропорционального увеличения количества голосов по остальным акциям общества, принадлежащим другим акционерам, противоречит указанным нормам Закона об акционерных обществах и принципам акционерного общества, а также нарушает права этих акционеров» (Постановление Президиума ВАС РФ от 14.03.2006 № 12591/05 по делу № А45-21009-04-КГ11-500. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»). См. также: *Целов Г. В.* Общие принципы акционерного законодательства и защита прав акционеров. Комментарий Постановления Президиума ВАС РФ от 14.03.2006 № 12591/05. Закон, 2006. № 7. С. 49–53.

²² См.: *Целов Г. В.* Является ли хозяйственное общество гражданско-правовым сообществом? Концепция коммуникатора. Закон, 2022. № 6. С. 16–29.

²³ В отношении увеличения уставного капитала общества с ограниченной ответственностью данная проблема анализировалась Конституционным Судом РФ в Постановлении от 21.02.2014 № 3-П, в котором Конституционный Суд РФ отметил, что «... применительно к решению об увеличении уставного капитала общества с ограниченной ответственностью за счет внесения дополнительных вкладов всеми его участниками возможность достижения баланса внутрикорпоративных интересов с учетом имеющего конституционную значимость принципа свободы договора обеспечивается с помощью диспозитивных норм, позволяющих предусмотреть в уставе общества требование о принятии такого решения большим, чем две трети, числом голосов участников общества».

что по общему правилу следует отдавать приоритет интересам большинства участников, обеспечивая меньшинство участников необходимыми имущественными гарантиями²⁴.

Фундаментом такого подхода служит допущение того, что контролирующий участник, действуя добросовестно и разумно, будет действовать в обособленных общих интересах всех участников, признаваемых интересами хозяйственного общества: стремясь получить больше выгод для себя, в случае применения принципа пропорциональности при распределении голосов такой участник хозяйственного общества тем самым действует и в общих интересах остальных участников.

Принятие решений требует от участников осуществления интеллектуальной деятельности. Чем шире компетенция общего собрания участников, тем больше интеллектуальных усилий требуется от участников. Однако такая интеллектуальная деятельность участников не подлежит отдельному вознаграждению. Поэтому в тех случаях, когда решение на общем собрании принимается большинством голосов участников, применение принципа пропорциональности порождает «проблему безбилетника», что особенно чувствительно для хозяйственных обществ с небольшим количеством участников, где участники проявляют значительную активность в управлении делами общества.

Для преодоления отмеченной проблемы закон допускает отход от принципа пропорциональности применительно к непубличным хозяйственным обществам²⁵, что придает гибкость в регулировании отдельных проектов, прежде всего инновационных, в которых существенное значение имеют личные интеллектуальные вклады участников. Например, выплата дивидендов в повышенном размере отдельному участнику или группе участников может выступать формой компенсации его личного интеллектуального вклада, который не может быть внесен в уставный капитал или в имущество общества вследствие налагаемых законодательством ограничений.

Другой пример естественного ограничения применения принципа пропорциональности — регулирование предоставления участникам информации о деятельности общества.

Трудности с применением принципа пропорциональности в отношении предоставления информации, во-первых, объясняются неделимостью информации о деятельности хозяйственного общества: информацию такого рода невозможно дробить и пропорционально распределять между участниками.

Во-вторых, при предоставлении третьим лицам информации, составляющей коммерческую тайну хозяйственного общества, теряется ее ценность. Поэтому если не ограничивать возможность миноритарного акционера получать информацию о деятельности публичного акционерного общества, то нормальная экономическая деятельность общества станет невозможной²⁶. Применительно к непубличным обществам отмеченная проблема менее остра, но также имеется.

В связи с этим законом установлены пороговые ограничения на предоставление участникам информации, а информация поделена на группы²⁷. В результате миноритарные участники хозяйственного общества находятся в условиях *принципиально неустрашимой асимметрии информации*.

4. Приобретение хозяйственным обществом доли участия как средство восстановления справедливости

Отношения участия возникают в связи с такими имущественными благами, получение которых участнику не гарантировано. Приобретая доли участия, а затем осуществляя права участия, как правило, миноритарные участники вынуждены действовать в условиях принципиально невосполнимого недостатка экономически значимой информации, что означает отсутствие у них степени свободы, необходимой и достаточной для заключения и исполнения обычных гражданско-правовых договоров. Напротив, мажоритарные участники обычно, прямо или косвенно (через совет директоров, руководителя), могут весьма эффективно определять судьбу контролируемых благ, имея возможность получить сведения, необходимые для принятия рациональных деловых решений.

Учитывая открытый (неполный) характер корпоративных инвестиционных отношений и их сопряженность, а также ограниченную рациональность и оппортунизм их участников, требуются специальные механизмы восстановления справедливости.

²⁴ «Баланс между перераспределением и стабильностью может быть обеспечен с помощью надлежащих юридических процедур, судебного контроля и равноценного возмещения при лишении собственника имущества помимо его воли, которые в своей совокупности позволяют снизить социальные издержки, связанные с перераспределением акционерной собственности» (Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П).

²⁵ См.: абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ.

²⁶ Как разъяснил Конституционный Суд РФ, достижение конституционно значимого баланса интересов акционеров и акционерного общества предполагает, что право акционеров на доступ к документам общества должно осуществляться без нарушения прав и законных интересов как самих акционеров, так и акционерного общества как самостоятельного субъекта гражданского оборота, заинтересованного в сохранении конфиденциальности коммерчески значимой для него информации (Определение Конституционного Суда РФ от 18.01.2011 № 8-О-П «По жалобе открытого акционерного общества «Нефтяная компания «Роснефть» на нарушение конституционных прав и свобод положением абз. 1 п. 1 ст. 91 Федерального закона «Об акционерных обществах». Собрание законодательства РФ, 2011. № 8. Ст. 1202).

²⁷ См.: ст. 91 Закона об акционерных обществах, ст. 50 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

Очевидно, что передача функций по принятию экономических решений от общего собрания участников совету директоров, что характерно для публичных акционерных обществ, не поможет решить задачу полностью, порождая сложную проблему контроля за деятельностью совета директоров. Отчасти трудности корпоративного контроля в отношении корпораций с дисперсным капиталом могут быть решены при помощи рыночного контроля²⁸, однако рыночные механизмы несовершенны. Подконтрольные мажоритарным акционерам члены совета директоров при наличии конфликта интересов едва ли будут стремиться действовать в интересах миноритарных акционеров. Отступления в пользу миноритарных участников и их «представителей» в совете директоров от принципа пропорциональности при голосовании на общем собрании участников по данным вопросам опасны для инвестиционного процесса.

Казалось бы, вопрос о справедливом распределении имущества ex post при отсутствии возможности детального определения отношений ex ante, неравенства переговорных позиций, а также непреодолимых в добровольном порядке разногласий между участниками (их группами) можно попытаться передать на разрешение суда. Однако это возможно отнюдь не всегда: суд не может и не должен оценивать экономическую целесообразность как таковую и пересматривать решения органа управления хозяйственного общества²⁹. Показательна отрицательная для истцов практика по требованиям о выплате необъявленных дивидендов: суды систематически отказывают в удовлетворении исков такого рода, что имеет под собой фундаментальные причины³⁰.

Выходом из тупика, порожденного ограниченной рациональностью и оппортунизмом контролирующих участников, членов совета директоров и менеджмента выступает такой способ восстановления справедливости, как поуждение общества при определенных обстоятельствах приобрести доли (акции) участников — диссидентов по их действительной (рыночной) стоимости, возвращая им стоимости их инвестиций с учетом прироста. Данную операцию можно считать неполным аналогом расторжения инвестиционного договора (выкупа заранее неопределенной ренты), что позволяет увидеть сходство между данным механизмом и инструментами, предусмотренными п. 3, 2 ст. 428 и ст. 451 ГК РФ.

Идея указанного подхода заключается в возможности *объективного определения нарушения разумных ожиданий участника относительно инвестиционной/дивидендной политики хозяйственного общества, причем не вследствие рыночной конъюнктуры, а в результате действий (бездействия) мажоритарных участников*. Неслучайно в судебно-арбитражной практике сформулирована правовая позиция о недопустимости «запирания» участника в обществе с ограниченной ответственностью³¹.

Выкупной механизм предусмотрен корпоративным законодательством (выкуп акций по требованию акционера³², приобретение доли в уставном капитале по требованию участника³³). Кроме того, уставом общества с ограниченной ответственностью общества можно предусмотреть право выхода участника без всяких условий³⁴ (включая отсутствие необходимости получения согласия других участников), а также при наличии определенных условий, в том числе при наступлении или ненаступлении определенных обстоятельств, истечении срока либо сочетанием этих обстоятельств³⁵, например принятии решения о выплате дивидендов при наличии чистой прибыли. Непубличные акционерные общества вправе разместить привилегированные акции, предоставляющие право их владельцу потребовать выкуп всех или части принадлежащих им указанных привилегированных акций в случае принятия

²⁸ Manne H. G. Our Two Corporation Systems: Law and Economics. Virginia Law Review. 1967. Vol. 53. No. 2. P. 259–284; Easterbrook F. H., Fischel D. R. The Economic Structure of Corporate Law. Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press, 1996.

²⁹ «Судебный контроль призван обеспечивать защиту прав и свобод акционеров, а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых советом директоров и общим собранием акционеров, которые обладают самостоятельностью и широкой дискрецией при принятии решений в сфере бизнеса» (п. 5.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П).

³⁰ Цепов Г. В. Как поделить шкуру неубитого медведя? или Правовые способы устранения неопределенности и оппортунизма при распределении прибыли хозяйственных обществ. Закон, 2019. № 2. С. 111–126; Гаджиев Г. А. Указ. соч.

³¹ Так, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 306-ЭС19-24912 по делу ООО «Яна Тормыш» указала, что «...предусматриваемые уставом правила не могут противоречить существу законодательного регулирования товарищеского соглашения, которое заключается в том числе в недопустимости ситуации, при которой участнику запрещается выход из общества без возможности возврата своих инвестиций. Бессрочный запрет или необходимость получения согласия на отчуждение доли (акции) уравнивается правом выхода из общества в случае отказа в согласии или при наличии запрета на отчуждение (п. 2 ст. 23 Закона № 14-ФЗ), но при этом с точки зрения баланса интересов допустим запрет (необходимость получить согласие) на отчуждение доли в течение разумного краткосрочного периода (например, экономически прогнозируемый срок окупаемости или срок разработки технологии) в отсутствие права на выход (права потребовать от общества приобрести долю) участника, затронутого такими ограничениями. Преимущественное право покупки доли в уставном капитале выступает функциональным эквивалентом ограничений на отчуждение доли в уставном капитале, хотя и не исключая полностью отчуждение, но гарантируя сохранение персонального состава участников. Следовательно, преимущественное право покупки доли также не может создавать препятствия в отчуждении участниками своих долей на неопределенно долгий срок, лишая их возможности вернуть свои инвестиции» (Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11.06.2020 № 306-ЭС19-24912 по делу № А65-3053/2019. Доступ из СПС «Консультант Плюс»).

³² См.: ст. 75 Закона об акционерных обществах.

³³ См.: ст. 23 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

³⁴ См.: п. 1 ст. 26 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

³⁵ См.: п. 1.2 ст. 26 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

общим собранием акционеров решений по вопросам, предусмотренным уставом общества, если они голосовали против принятия соответствующего решения или не принимали участия в голосовании³⁶.

Тем не менее пробелом правового регулирования является отсутствие у акционера права требовать выкупа публичным акционерным обществом обыкновенных акций в случае, когда в публичном обществе имеется контролирующий акционер или группа контролирующих акционеров, а общество при наличии чистой прибыли систематически не выплачивает дивиденды в нарушение утвержденной ранее дивидендной политики.

Перечисленные в корпоративном законодательстве основания выкупа акций (долей в уставном капитале) по требованию акционеров (участников) не покрывают и иных случаев нарушения требований справедливости, связанных с юридической и/или фактической невозможностью продать акции (доли в уставном капитале) на рынке вследствие действия и/или бездействия контролирующего участника (участников).

Очевидно, что такой подход законодателя к регулированию выкупа акций (долей в уставном капитале) непоследователен и не в полной мере обеспечивает инвестиционные интересы миноритарных участников. Например, исключаемый из общества с ограниченной ответственностью за совершенное в отношении общества противоправное деяние участник вправе получить действительную стоимость своей доли³⁷, в то время как угнетаемый, потерпевший участник в общем виде по умолчанию таким правом не обладает.

В связи с этим в корпоративном законодательстве целесообразно закрепить общее правило о праве участника хозяйственного общества требовать выкупа хозяйственным обществом принадлежащей участнику доли в уставном капитале (акций) при нарушении обществом разумных инвестиционных ожиданий участника с учетом установленных законом и уставом условий³⁸. При возникновении разногласий относительно наличия/отсутствия оснований для выкупа доли в уставном капитале (акций) спор должен разрешаться арбитражным судом по иску заинтересованного участника (акционера).

Заключение

Достижение справедливости требует сочетания как организационных (властных), так и контрактных механизмов, что обусловлено дуалистической природой хозяйственного общества. Применение принципа пропорциональности не может в полной мере обеспечить справедливость во внутренней деятельности хозяйственных обществ. В дополнение к содержащимся в законе частным правилам, регулирующим выкуп акций (приобретение долей) участника по его требованию при определенных обстоятельствах, имеет смысл закрепить общие положения о праве участника хозяйственного общества требовать выкупа принадлежащей ему доли в уставном капитале (акций) при нарушении обществом разумных инвестиционных ожиданий участника с учетом установленных законом и уставом условий.

Литература

1. Аристотель. Никомахова этика. В кн.: Аристотель. Сочинения в 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
2. *Гаджиев Г. А.* Легитимация идей «Права и экономики» (новые познавательные структуры для гражданского права). Вестник гражданского права, 2017. № 6. С. 108–173.
3. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. В кн.: Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 1. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. 574 с.
4. *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления. М.: Издательство Института Гайдара, 2016. 304 с.
5. *Москевич Г. Е.* Принцип пропорциональности в корпоративном праве. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2019. № 12. С. 148–178.
6. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
7. *Суханов Е. А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
8. *Цепов Г. В.* Как поделить шкуру неубитого медведя? или Правовые способы устранения неопределенности и оппортунизма при распределении прибыли хозяйственных обществ. Закон, 2019. № 2. С. 111–126.
9. *Цепов Г. В.* Понятие и природа членских отношений. Государство и право, 2019. № 6. С. 113–117.
10. *Цепов Г. В.* Общие принципы акционерного законодательства и защита прав акционеров. Комментарий постановления Президиума ВАС РФ от 14.03.2006 № 12591/05. Закон, 2006. № 7. С. 49–53.
11. *Цепов Г. В.* Является ли хозяйственное общество гражданско-правовым сообществом? Концепция коммуникатора. Закон, 2022. № 6. С. 16–29.

³⁶ См.: п. 1.1 ст. 75, п. 6 ст. 32 Закона об акционерных обществах.

³⁷ См.: абз. 4 п. 1 ст. 67 ГК РФ, п. 4 ст. 23 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

³⁸ Применительно к акционерным обществам реализация данного предложения потребует разработки специальных правил, обеспечивающих соблюдение принципа равенства в отношении всех акционеров, обладающих акциями соответствующей категории и типа, в том числе исключения сговора отдельных акционеров с менеджментом.

12. Чичерин Б. Н. Философия права. Москва. Типо-литография Товарищества И. Н. Кушнерев и Ко, 1900. 337 с.
13. Easterbrook F. H., Fischel D. R. The Economic Structure of Corporate Law. Cambridge. Massachusetts. Harvard University Press, 1996. 370 p.
14. Eisenberg M. A. The Structure of Corporation Law. Columbia Law Review, 1989. Vol. 89. No. 7. P. 1461–1525.
15. Manne H. G. Our Two Corporation Systems: Law and Economics. Virginia Law Review, 1967. Vol. 53. No. 2. P. 259–284.

References

1. Aristotle. Nicomachean Ethics [Nikomakhova etika]. [In: Aristotle. Works Sochineniya] in 4 volumes. T. 4. Moscow, Thought [Mysl], 1983. 830 p. (In Rus.)
2. Gadzhiev, G. A. Legitimation of Ideas of “Law And Economics” (New Cognitive Structures for Civil Law) [Legitimatsiya idey “Prava i ekonomiki” (novyye poznavatel’nyye struktury dlya grazhdanskogo prava)]. Bulletin of Civil Law [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2017. No. 6. P. 108–173. (In Rus.)
3. Ioffe, O. S. Liabilities in the Soviet Civil Law [Otvetstvennost’ po sovetskomu grazhdanskomu pravu]. In: Ioffe O. S. Selected Works [Izbrannyye Trudy]. Vol. 1. Saint Petersburg, Yuridichesky Center Press [Izdatel'stvo “Yuridicheskiy tsentr Press”], 2003. 574 p. (In Rus.)
4. Calabresi, G. The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection. [Budushcheye prava i ekonomiki. Ocherki o reforme i razmyshleniya]. Moscow: Gaidar Institute Publishing House [Izdatel'stvo Instituta Gaydara], 2016. 304 p. (In Rus.)
5. Moskevich, G. The Principle of Proportionality in Corporate Law [Printsip proporsional'nosti v korporativnom prave]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii]. 2019. No. 12. P. 148–178. (In Rus.)
6. Pokrovskiy, I. A. Main Problems of Civil Law [Osnovnye problemy grazhdanskogo prava]. Moscow, Statut [Statut], 1998. 353 p. (In Rus.)
7. Sukhanov, E. A. Comparative Corporate Law [Sravnitel'noe korporativnoe pravo]. Moscow. Statut [Statut]. 2014. 456 p. (In Rus.)
8. Tsepov, G. V. How to Count Chickens Before They are Hatched? or Legal Ways of Resolving Uncertainties and Opportunism in Distribution of Company Profits. [Kak podelit' shкуру neubitogo medvedya? ili Pravovyye sposoby ustraneniya neopredelennosti i oportunistzma pri raspredelenii pribyli khozyaystvennykh obshchestv]. Statute [Zakon]. 2019. No. 2. P. 111–126. (In Rus.)
9. Tsepov, G. V. The Concept and Nature of Membership Relationships [Ponyatiye i priroda chlenskikh otnosheniy]. State and Law [Gosudarstvo i pravo]. 2019. No. 6. P. 113–117. (In Rus.)
10. Tsepov, G. V. General Principles of Joint-Stock Legislation and Protection of Shareholders' Rights. Comment on the Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 14.03.2006 No. 12591/05 [Obshchie printsipy aktsionernogo zakonodatel'stva i zashchita prav aktsionerov. Kommentarii postanovleniya Prezidiuma VAS RF ot 14.03.2006 No. 12591/05]. Statute [Zakon]. 2006. No. 7. P. 49–53. (In Rus.)
11. Tsepov, G. V. Is a Business Company a Civil Law Community? The Concept of Communicator [Yavlyaetsya li khozyaistvennoe obshchestvo grazhdansko-pravovym soobshchestvom? Kontseptsiya kommunikatora]. Statute [Zakon]. 2022. No. 6. P. 16–29. (In Rus.)
12. Chicherin, B. N. Philosophy of Law [Filosofiya prava]. Moscow. Typo-lithography of the Partnership I. N. Kushnerev and K. [Typo-litografiya Tovarishchestva I. N. Kushnerev i K.]. 1900. 337 p. (In Rus.)
13. Easterbrook, F. H., Fischel, D. R. The Economic Structure of Corporate Law. Cambridge. Massachusetts. Harvard University Press. 1996. 370 p.
14. Eisenberg, M. A. The Structure of Corporation Law. Columbia Law Review. 1989. Vol. 89. No. 7. P. 1461–1525.
15. Manne, H. G. Our Two Corporation Systems: Law and Economics. Virginia Law Review. 1967. Vol. 53. No. 2. P. 259–284.

The Protection of the Defendant's Rights in Criminal Trial by Default — From the Perspective of Due Process

Bu Yangyang, Northwest University of Political Science and Law (Xi'an, China)

Doctor of Laws, Associate Professor of School of Criminal Law; e-mail: buyangyang1111@126.com.

Abstract

Due to the change of the traditional procedural structure of the complete three parties of prosecution, defense and trial, criminal trial in absentia may result in the neglect of the rights protection measures due to the absence of the defendant in trial, and thus further impacts several principles and norms under the due process. Based on the criminal procedure system and even the reform of the entire judicial system, the discussion on the criminal trial in absentia should not be confined to the basic frame of normal bench trial paradigm by due process, the possible adverse consequences should not be taken as the inevitable argument for criticizing the system, but rather a rational and neutral position, return to the original point of the system, seek the basic principles involved in the criminal trial in absentia, and respond to many doubts that the absent defendant's rights are bound to fall, and thinking dialectically on this basis, from the two dimensions of system function, value presetting and perfection of existing specifications, deduces and sums up the internal logic of this system in its normative construction, system operation and internal and external harmony, focusing on strengthening the rights protection of the defendant at the times.

Keywords: Trial in Absentia; Legitimacy; Rights Protection; Procedural Relief.

Introduction

In October 2018, the Standing Committee of the National People's Congress adopted *the Decision on Amending the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, adding a chapter on Criminal trial in Absentia to the fifth special procedure, which once again triggered a heated discussion in the academic circle on this procedure. This revision of the law and the debate in the academic circle are more focused on rights protection of absent defendants in this procedure. As an exception to the bench trial procedure, trial in absentia restricts or deprives the defendants of some litigation rights, it may violate the basic principles of criminal procedure, and even be questioned for judicial impartiality with due process as its essence, even in extraterritorial countries and regions ruled by law, which apply prudently, clarify its limited scope of application, and construct and improve procedure protection and necessary relief mechanisms.

In the field of sociology, the justification of a certain procedure or system can usually be demonstrated from two dimensions. First, by considering the purpose of the program or system, through the subjective evaluation of society and the demonstration of the path to realize the purpose of the system, we can prove its purposefulness and demonstrate the justification of its existence; Second, through the analysis of the rationality of the procedure or system itself, through the demonstration of the influence and requirements of social objective needs on the establishment of the system, and then prove the legitimacy of the system, so as to achieve the proof of its legitimacy¹. In response to many doubts and disputes about the establishment of criminal trial in absentia, the author believes that, as a litigation system dating back to ancient Rome at the earliest, the reasonableness of the Chinese-style criminal trial in absentia can also be based on the above-mentioned evidence path, focusing on the following two dimensions: (a) the functional presupposition and value target of the procedure; (b) how to maximize the protection of the rights of absent defendants under the standards of fair trial and due process of law.

The doubt of trial in absentia system from the perspective of due process

Due process of law is also called due process of law. According to *Black's Law Dictionary*, the so-called due process of law refers to a series of rules that protect everyone involved in criminal activities, including criminal suspects and defendants' right to life, right to liberty, right to property, right to privacy and other legitimate rights from illegal interference in order to ensure the fairness of judicial activities. It requires that the state departments exercising criminal judicial power should strictly follow the procedures prescribed by law when restricting or depriving the rights of individuals, and the procedures themselves must be just and reasonable². "Due process of law has long been part of our constitution lexicon,

¹ ZHANG Jieyu, "Research on the Rights of the Defendant in Criminal Procedure by Default in China," Proceedings of the 2018 Annual Conference of the Chinese Society of Criminal Procedure Law, p. 367.

² Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th ed.), West Publishing Co, 2009, p. 575.

and there are few more important phrases³.” The idea of observing “due process of law” and some factors it contains have a long history in western countries, With the gradual integration of common-law process and the conception of natural rights, due process of law has changed from the initial simple procedural connotation to substantive connotation, which has both procedural and substantive contents and has been adopted by *the United Nations Criminal Justice Rule*. What due process of law seeks to guard against is all threats to power, whether legislative power, executive power or judicial power. Due process of law is never a pure technical and formal rule, but a complete set of systematic engineering to realize the rights protection constructed with the concept of procedural justice. Specific to the trial procedure of criminal proceedings, what due process of law needs to maintain is the minimum guarantee of criminal defendants, including 11 rights, such as presumption of innocence, prohibition of self-incrimination, and autrefois, among which the core is the defendant’s right to attend court for trial.

From the analysis of the origin of the system of the defendant attending court for trial, the reason why it is established in the modern criminal procedure is the rapid development of the human right of “litigation participation”⁴. With the establishment of the defendant’s litigation subject status, the defendant is no longer regarded as the object of prosecution, but enjoys a series of litigation rights and actively participates in litigation. The litigation procedure must ensure that he can participate in litigation activities substantially, that is, to ensure that “before making a judgment concerning them, the court listens to his opinions and they have the right to speak⁵.” As the most direct way for criminal defendants to participate in criminal trials, defendants can fully express their opinions to the court by attending the court, and confront witnesses directly and face to face, thus affecting the inner conviction and adjudication by factual adjudicators. At the same time, with the development of modern penalty theory, especially the rise of educational penalty theory, the focus of penalty has changed from traditional attention to “behavior” to “actor”, and the individualized judgment of actor has become an important basis for penalty. In line with this, the criminal defendant’s attendance at the court for trial has become a prerequisite for criminal trial. “The trial judge should not only observe the witness, but also observe the defendant personally in order to gain a real understanding of his personality. Therefore, in principle, if the defendant does not appear in court, the trial procedure shall not be conducted⁶.” In this sense, the defendant’s “the right of being at trial” is not only the basic requirement of due process of law, but also another guarantee of fair trial, which shows the basic procedural jurisprudence of respecting the subject status of the accused, and is rooted in the basic consideration of the state to prevent the wrong determination of judgment facts. Article 14, paragraph 3, of the *International Covenant on Civil and Political Rights* also sets “attendance of the accused in court for trial” as the minimum guarantee enjoyed by criminal defendants, and defines it as an integral part of due process of law.

Modern criminal procedure operates on the axis of the three functions of prosecution, defense and trial. In a sense, the whole criminal procedure is the process of the interaction and realization of these three functions. In the process of criminal trial, in order to maintain the mechanism of distinguishing litigation functions, it is necessary to maintain the litigation structure of prosecution, defense and trial, that is, to maintain the relative balance between the prosecution and defense functions, to achieve the equal confrontation between the two sides, and the judge is in the middle of it. In this sense, the criminal trial in absentia has changed the traditional structure of prosecution, defense and trial, which may result in the omission of rights protection measures due to the defendant’s absence in the trial, thus affecting the relevant principles and norms of criminal procedure. For example, due to the absence of the defendant, the defender may not be able to obtain sufficient basis for defense and it is difficult to conduct effective defense, which ultimately leads to the erosion of the principle of the defendant’s right to defense. For another example, the trial procedure in absentia will also affect the defendant and his defense’s right to challenge, impact the court hearing procedure and process aimed at realizing the goal of truth finding, and deviate from the presence requirement under the principle of direct and verbal trial. In this sense, the trial procedure in absentia has already constituted an invisible “derogation” of the criminal defendant’s right to appear in court, and constituted a real impact on the traditional “bench trial” and the fair trial right enjoyed by the accused. Because of this, the system of criminal trial in absentia is regarded by some scholars as a litigation system with “natural defects”⁷.

However, in the author’s opinion, the discussion of the criminal trial in absentia system should not be confined to the basic frame of due process versus normal bench trial paradigm, and should not take the possible adverse consequences as the inevitable argument of the system criticism. In the study and adjudication of this system, the analysis and adjudication of this issue should be placed under the era pattern of the criminal procedure system and even the reform of the whole judicial system from a more rational and neutral standpoint, so as to return to the origin of the problem, seek the basic principles involved in this system, respond to many questions about the inevitable omission of the rights of absent defendants, and think dialectically on this basis. The internal logic of the construction and operation of the system in the context of The Times is deduced from the two dimensions of the system function and value presupposition and the perfection of the existing norms.

³ John V. Orth, *Due Process of Law: A Brief History*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2003, p. 9.

⁴ DENG Siqing, “Study on Criminal Default Trial System,” *Chinese Journal of Law*, no. 3 (2007): 97.

⁵ Michael D. Bayles, *The Principle of Law – A Normative Analysis*, Encyclopedia of China Publishing House, 1996, p. 35.

⁶ WAN Yi, “On the Trial by Default System in Criminal Procedure,” *Contemporary Law Review*, no. 1 (2004): 41.

⁷ WANG Minyuan, “On the Criminal Trial in Absentia,” *Law Science Magazine*, no. 8 (2018): 43.

The justification theory of the criminal trial in absentia system in a multi-dimensional dimension

a) the value conflict under the criminal trial in absentia system

The construction and improvement of modern criminal procedure system is concerned with a multi-dimensional goal and value system with multiple levels. Not only do there exist multiple differences between values, but even the same value has multiple levels under different conditions. The legislative establishment of criminal trial in absentia is not only the embodiment of the deep development of criminal procedure system, but also the concrete representation of the recognition and practice of this multi-dimensional value system⁸. In the concrete construction of criminal procedure system, "if one of the values is fully realized, it is inevitable to sacrifice or deny other values to a certain extent"⁹. "The construction and improvement of criminal procedure system itself is the trade-off of multiple values, and the establishment of trial in absentia system is also a rational choice after this multi-dimensional value balance, so it is covered by the concepts of "value conflict" and "rational choice".

Based on the original meaning of due process of law, criminal trial should be conducted on the premise that the defendant attend the court trial, but not in his absence. However, there is often one kind or another inequality between the ideal state of being and the actual state of being. In the practice of criminal justice, criminal defendants may not appear in court for trial for various reasons, either actively or passively, or at the beginning or in the middle of the process. Under such circumstances, the court is faced with a dilemma: if the trial is stopped to maximize the protection of the defendant's right to participate in the procedure and ensure the realization of procedural justice, the litigation period will be prolonged to a certain extent, the litigation cost will be increased, and the litigation efficiency will be low; if the trial is conducted in the absence of the defendant, although it can give full play to the deterrent function of penalty, save litigation resources and improve litigation efficiency, that is, Beccaria said that "the more timely the penalty is, the more prominent and lasting the connection between crime and penalty will be in people's minds", it detracts from the procedural justice required by due process. In this sense, the most prominent conflict of values facing the legislative establishment of criminal trial in absentia system is the balance between justice and efficiency.

From the perspective of historical development, it is precisely because of the contradictions and conflicts between trial in absentia and certain principles under due process, especially the value orientation of judicial impartiality, that in the early to mid-20th century, when the pursuit of judicial impartiality was the only value goal, the criminal legislation of various countries almost always held a negative attitude towards trial in absentia. In case the defendant evaded trial, the practice of suspending the lawsuit and waiting for the defendant to attend the court trial before trial is generally adopted. However, in the middle-to-late 20th century, with the increase of criminal offenses, the efficiency of litigation has been paid more and more attention. In order to ensure the timely realization of the state power of punishment and avoid the situation that the criminal defendant can't be judged because he doesn't appear in court, more and more countries have established the trial in absentia system in their criminal procedure law, which is a necessary supplement to the bench trial under normal conditions¹⁰. As the value goal and system evaluation standard pursued by criminal trial and even the whole criminal procedure, the concept of litigation efficiency has emerged with the continuous penetration of economics into legal disciplines since Adam Smith, especially the application of legal economic analysis methods. With the continuous promotion of law and economics, the concept of litigation efficiency has been paid more and more attention by the study of criminal theory and the norms of criminal legislation.

As the two major value goals pursued by criminal proceedings, justice and efficiency have different connotations and extensions, so they inevitably have conflicts. When the two value goals of justice and efficiency conflict, we need to make a balance and choice. Admittedly, as the primary value goal pursued by criminal proceedings, justice should always be the first, because "every wrong judgment will lead to inefficient use of litigation resources"¹¹. However, this does not mean that the efficiency of litigation should not or cannot be maximized on the basis of guaranteeing the minimum judicial impartiality.

b) The justification of criminal trial by default system

As Radbruch said: "If the law is regarded as a form of social life, then the procedural law as a 'formal law' is the form of this form. Like the top of the mast, it will make a strong swing to the slightest movement of the hull"¹². "The criminal system of trial in absentia is a new system created by the "law of form". The design of its content, the construction of its system and the logical framework of its provisions directly reflect the value orientation and practical response of legislators. In my opinion, the standardized, detailed, sound and effective criminal trial in absentia system not only has realistic rationality, but also has the justification of original significance, which shows the convergence trend of modern criminal procedure.

First, based on the justification of the defendant's rights. The so-called right, that is, the sum of powers enjoyed by the right subject within the legal scope to satisfy its specific interests, is concentrated in the freedom of the right subject to choose a certain behavior or not to act according to his or her own will. Right means that in a specific relationship, the law recognizes

⁸ HU Zhifeng, "Study on Standard of Proof in Criminal Trial by Default," Journal of National Prosecutors College, no. 3 (2018): 116.

⁹ XU Guodong, Interpretation of Basic Principles of Civil Law, China University of Political Science and Law Press, 1992, p. 333.

¹⁰ DENG Siqing, "Study on Criminal Default Trial System," Chinese Journal of Law, no. 3 (2007): 93.

¹¹ Michael D. Bayles, *The Principle of Law — A Normative Analysis*, Encyclopedia of China Publishing House, 1996, p. 24.

¹² Gustav Radbruch, *Introduction to Law*, Commercial Press, 2013, p. 170.

that the choice of the subject of right is superior to the choice or will of the subject of obligation. Any decision made by the subject of the right within the scope of such freedom shall be regarded as the exercise of the right. As far as the essence of rights is concerned, waiver of rights itself is also a specific way of exercising rights, which is the token of the litigation status of the subject of rights¹³. The "Opinions" issued by the United Nations Human Rights Committee in "hearing" the relevant "cases" clearly stated that: "After the defendant has been given all necessary notices, including informing the time and place of the trial, and being required to attend the court trial, but the defendant himself decides not to attend the trial, the criminal trial in absentia does not violate the provisions of Article 14, paragraph 3 (d), of the *International Covenant on Civil and Political Rights* on the right to attend the court trial¹⁴." In other words, the right of being at trial, like other rights, can be disposed of or even waived. The defendant has the right to decide the fate of litigation and bear the corresponding legal consequences according to his free will and within the scope permitted by law based on his status as the subject of procedure in criminal proceedings, which should be respected by the court¹⁵. In my opinion, respecting the defendant's status as the subject of litigation itself includes respecting the free choice made based on his own judgment under the right of his subject. When the defendant gives up the right of being at trial, the trial in absentia is not only the compliance of his will to exercise his rights, but also the confirmation of his status as the subject of litigation.

Moreover, although the defendant's participation in trial activities in court is an effective means for him to defend himself, question, explain and argue, and protect his legitimate rights and interests, as Professor Deng Siqing said, "In some cases, there will be some unfavorable factors in the defendant's participation in criminal trials, which are not conducive to the protection of his rights. On the one hand, the defendant's attendance in court will show his "possible" disgraceful side in front of the public and bring psychological pressure; on the other hand, in cases where the defendant is not in custody, blindly requiring the defendant to attend the court will add an extra time and cost burden to him¹⁶."

Second, in response to the needs of judicial practice, ensure the justification of the realization of state power. Article 181 of the *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as the "*Supreme People's Court Interpretation*") stipulates: "If the people's court finds that the defendant is not in the case after reviewing the case of public prosecution, it shall return it to the people's procuratorate." According to this article, whether the defendant is in the case or not is a core content of pre-trial public prosecution review, and criminal trials can only be conducted in the case of the defendant, and the trial procedures in China's criminal proceedings have been solidified into a single bench trial model¹⁷.

However, in complex criminal trials, there will inevitably be multiple situations such as the defendant's inability to be present or refusal to be present, and if the defendant's presence is blindly regarded as an element of the criminal trial on the grounds of rights protection, not only will the criminal procedure itself be in an unfinished form, making the dispute status of the case unable to be solved, but also making it difficult to play the function of settling disputes that litigation should have. The jurist Michael D. Bayles once said, "The intrinsic purpose of legal procedure is to find out the truth and settle disputes. If the purpose of the court is not to do so, but only to show solidarity with one of the parties, then the procedure becomes unnecessary at all¹⁸." "In criminal trials, dispute settlement is embodied in properly handling social conflicts in the form of specific criminal cases, that is, through inquiry in a court and debate in court, on the basis of finding out the facts of the case, we can determine the existence and size of the state power of punishment in specific criminal cases, and then restore those social relations damaged by criminal acts, while maintaining law and order, and protecting the legitimate rights and interests of citizens¹⁹." "The purpose of the court hearing is not simply to protect the rights and interests of the defendant, but to settle disputes arising from criminal cases by correctly applying the law²⁰." The legitimacy of the procedure not only requires that the procedure can play its due role in promoting justice, but also requires that the construction of the procedure can meet the practical requirements of settling social disputes. In other words, in a sense, whether the criminal defendant attends the court hearing has no substantial impact on the existence of the dispute resolution, and in the absence of the defendant, the determination of the crime, the disposal of the assets involved in the case, and civil compensation still need to be resolved through trial²¹.

As Professor Liang Yuxia said: "Any behavior of defendants in resisting prosecution or evading trial cannot prevent the normal progress of criminal proceedings, the law will not stop taking effect because of someone's violation, and the

¹³ XIAO Peiquan, "The Application of the System of Criminal Trial in Absentia under the Value Balance Theory," *Law Science Magazine*, no. 8 (2018): 52.

¹⁴ ZHANG Yi, "On the Convention against Transnational Organized Crime and the Convention against Corruption and the Reform of China's Criminal Procedure System," in CHEN Guangzhong's *The Latest Development of Foreign Criminal Procedure Legislation in the 21st Century*, China University of Political Science and Law Press, 2004, p. 77.

¹⁵ CHEN Weidong & HU Zhifang, "On Consideration of Right of Disposing by Criminal Litigant," *Political Science and Law*, no. 4 (2004): 122.

¹⁶ DENG Siqing, "Study on Criminal Default Trial System," *Chinese Journal of Law*, no. (2007): 97.

¹⁷ CHEN Weidong, "On Criminal Default Trial system with Chinese Characteristics," *Criminal Science*, no. 3 (2018): 22.

¹⁸ Michael D. Bayles, *The Principle of Law – A Normative Analysis*, Encyclopedia of China Publishing House, 1996, p. 37.

¹⁹ LONG Zongzhi, *Research on Criminal Court Trial System*, China University of Political Science and Law Press, 2001, p. 22.

²⁰ CHEN Weidong, "On Criminal Default Trial system with Chinese Characteristics," *Criminal Science*, no. 3 (2018): 21.

²¹ YANG Ming & WANG Zheng, "On Criminal Trial by Default," *Criminal Science*, no. 1 (2003): 73.

authority and coercion of criminal proceedings are more clearly reflected due to the conduct of criminal trials in absentia²². In the absence of the defendant, the people's court does not have the only option of ruling on the suspension of litigation. To ensure the smooth progress of criminal proceedings, prevent criminal defendants from taking absence as a means to delay litigation, timely compensation and relief for the material losses of victims, to give full play to the function of settling disputes in trial, criminal legislation should be based on the positive function of trial by trials in absentia and the practical needs of ensuring the realization of state power in response to judicial practice, allowing the judicial application of this procedure under specific circumstances, and highlighting the restrictive content under the essence of the right of being at trial. Article 29, paragraph 2, of the *Universal Declaration of Human Rights* clearly stipulates: "Everyone shall, in the exercise of his rights and freedoms, be subject to such restrictions as may be determined by law for the sole purpose of ensuring due recognition and respect for the rights and freedoms of others and meeting the legitimate needs of morality, public order and general welfare in a democratic society²³." Criminal trial in absentia system belongs to such a typical necessary restriction on the exercise of rights based on value judgment.

Thirdly, the justification theory of integrating the existing "absence" norms and delineating the category of absence norms in the form of system. Some norms under *the Criminal Procedure Law of 2012* have typical "absence" characteristics. Although the legislation does not adopt the expression of "criminal trial in absentia", it conforms to the system characteristics of criminal trial in absentia and belongs to the existing "absence" norm. Among them, the most typical one is Article 194 of *the Criminal Procedure Law of 2012*, which stipulates the court trial order.

Article 194 of *the Criminal Procedure Law of 2012* stipulates: "During the court trial, if the participant to a proceeding or audience violates the court order, the chief judge shall warn to stop it. Those who do not listen to the stop can be forcibly taken out of the court..." The "participant to a proceeding" here include the parties including the defendant. According to this article, if the defendant seriously violates the court order, he may lose the right of being at trial. Although the Criminal Procedure Law does not clarify how to carry out the proceedings after the defendant is taken away from the court, it can be seen from the legislative intent of this norm that the legislative purpose of this provision is to prevent the defendant from disrupting the litigation order and hindering the normal conduct of the court hearing. If the defendant is taken away from the court and the lawsuit is ruling the suspension of litigation, it will objectively satisfy the subjective intention of the defendant to commit obstruction. Therefore, after the defendant is taken away from the court, it is advisable to continue the trial, and this continued trial belongs to the trial conducted in the absence of the defendant, which belongs to the typical existing "absence" norm²⁴. In this sense, the legislative establishment of criminal trial in absentia system is helpful to integrate the existing "absence" norms to a certain extent, standardize the actual criminal trial in absentia behavior in practice, delimit the category of absence norms in the form of system, and bring the scattered "absence" norms and practices into the framework of the system.

In addition, the establishment of criminal trial in absentia can also play a coordinated pattern with the confiscation of illegal proceeds procedure in China's criminal proceedings. Under the current legal framework, the two procedures have their own advantages, one for "things" and the other for "people", and jointly safeguard the systematicness of criminal proceedings.

Improving Approach Focusing on Strengthening the Protection of the Rights of Defendants in Absentia

Trial in absentia is by no means a system of proceedings designed to derogate from the rights of the accused. The waiver and necessary limitations of the defendant's right to be tried in court do not mean that such proceedings may justly derogate from the bottom line required by the right to due process of law. From the perspective of legislative orientation, the criminal trial in absentia is stipulated in the special procedure, which is an exception to the bench trial procedure. According to the principle of the relationship between the general and the exception, when there is no special provision for the trial in absentia, the general provisions of the bench trial should be followed. All kinds of bottom-line rights protection under due process aimed at achieving a fair trial should not and cannot be infringed or derogated from under the pretext of waiver or limitation of rights.

Despite multiple differences in litigation values and legal cultural traditions²⁵, there are differences in the specific construction of the criminal trial in absentia between the Common Law system and Civil law system, they generally strengthen the other rights of the absent defendant enjoyed based on the status of the subject of litigation except the right to appear in

²² LIANG Yuxia, "On the Rationality of Criminal Trial by Default and Its Reference," in Chen Guangzhong's *Theory and Practice of Procedural Law (2005)*. China Founder Press, 2005, p. 679.

²³ ZHANG Jixi, "On the Scope of Application of Criminal Trial by Default – From the Perspective of Comparative Law," *Criminal Science*, no. 5 (2007): 76.

²⁴ WANG Yichao, "The Scope of Application of Criminal Trial by Default--From the Perspective of Functional Analysis," *Proceedings of the 2017 Annual Conference of the Chinese Society of Criminal Procedure Law*, p. 342.

²⁵ Generally speaking, the Common Law regard attending the court as the right of the defendant, and their system norms more reflect the tendency of strengthening the protection of the rights of the defendant in absentia; the Civil Law based on the real exploration of entities, emphasize more on the nature of the obligation to appear before the court, reflecting an obvious tendency of state power.

court for trial, which provides minimum guarantees including 11 rights such as the presumption of innocence, the prohibition of self-incrimination and *autrefois convict*.²⁶ Based on the existing norms of the current criminal trial in absentia system in China, starting from the approach of strengthening the protection of the rights of the absent defendant, the author believes that the Chinese-style criminal trial in absentia should be responded and improved in the following three aspects at least, so as to maximize the rationality of its normative construction under the premise of maintaining the legitimacy of the system, and further create the possibility of expanding the application of the Chinese-style criminal trial in absentia.

a) Adjusting the logical order of normative provisions and clarifying the central position of rights protection from the technical level

In order to clarify the central position of rights protection at the legislative technical level, criminal legislation should adjust the logical order of the provisions in the short term, and place the right protection mechanism under the procedure after the trial in absentia of "defendants in a serious illness" and "defendants in deceased", that is, the "type" situation of the trial in absentia is stipulated firstly, and then stipulate various rights protection mechanisms under the procedure. Such as the right to know, the right to counsel, the right to appeal, the right to procedural objections, etc., in order to play the "ought to be" and "to be" role of the right protection mechanism.

Of course, this kind of legislative technical adjustment is only a short-term fine-tuning on the premise that the criminal procedure law has just been amended. In fact, as Professor Wan Yi said, "Among the three types of trial in absentia under the current criminal legislation, only the former, that is, the first type of trial in absentia can be called the real trial in absentia. The latter two types of trials in absentia are actually a way to eliminate trial obstacles, that is, the ordinary judgment proceeding encounters objective obstacles in operation (such as the defendant suffers from serious illness, cannot appear in court or the defendant dies), and loss the trial elements, which leads to the failure of the trial to proceed normally. In order to eliminate such trial obstacles, we can only choose to continue the trial in the absence of the defendant. Therefore, its nature belongs to a part of the ordinary procedure, which is a litigation measure when the ordinary procedure deals with the trial obstacles²⁷." Therefore, in the long run, Criminal legislation should start with system theory, while bringing the second kind of "defendants in a serious illness" trial in absentia into Article 206 of the current *Criminal Procedure Law* on the suspension of the first instance procedure, the third kind of "defendants in deceased" trial in absentia is incorporated into the principle of "criminal responsibility shall not be investigated under statutory circumstances" in Article 16 of the current *Criminal Procedure Law* and the trial supervision procedures, so as to avoid the conflict of norms and mechanisms between systems and procedures, and to realize the harmony and self-consistency of the internal norms of the Criminal Procedure Law.

b) Strengthening procedural guarantee and optimizing the procedural norms of trial in absentia

The procedural guarantee under the system of trial in absentia belongs to a pluralistic and open mechanism category, and countries are not exactly the same in the normative setting of this guarantee mechanism. In my opinion, the procedural guarantee mechanism under the Chinese-style criminal trial in absentia should be optimized mainly around the following two aspects.

First, it is served in a way that can guarantee the actual knowledge of the absent defendant, so as to realize the objective proof of the voluntariness and knowledge of the defendant's right to appear in court. In my opinion, the rationality of the trial in absentia and the procedural guarantee under the trial in absentia should first guarantee the defendant's right to information. The defendant has the right to appear in court, and the basis for the trial in absentia to be carried out should be that the defendant voluntarily gives up his right to appear in court, and the defendant can dispose of his right to appear in court on the premise of knowing. The service of litigation documents is the premise to ensure that the parties know, and it is one of the necessary conditions and basic guarantees for the trial in absentia of criminal suspects and defendants. By examining the legislative norms of the way of service about the trial in absentia in foreign countries and regions, it can be found that the service in this procedure mainly includes the service through criminal judicial assistance, the service through diplomatic or consular agencies, the service to counsels, the announcement service and other methods accepted by the addressee.

From the perspective of the ways of service in absentia allowed by the criminal legislation of various countries, in addition to announcement service and "other methods accepted by the addressee", the service methods under the system of trial in absentia generally emphasize the actual knowledge of the absent defendant, and the performance of the notification obligation should be based on the actual knowledge of the absent defendant, avoiding the "deemed knowledge" method represented by announcement service. Taking actual knowledge as a notification benchmark is not only the basic requirement of *International Human Rights Conventions*, but also a common practice of regional judicial assistance. When informing the relevant procedures for the accused, only legal and proper efforts are not enough to provide legitimacy for the trial in absentia. The prosecution must prove the defendant's actual knowledge of the procedure. If it fails to prove, it will constitute an infringement of the defendant's right to appear in court.

General Comment No. 32 of the United Nations indicates that only in cases where the defendant has been fully informed of the relevant procedures in advance, but he or she still refuses to exercise the right to appear in court for trial, it can be

²⁶ ZHANG Jianwei, "Focus on Trial: Deep and Vertical Interpretation of Rights and Benefits Protection on Trial," *Journal of CUPL*, no. 5 (2016): 120.

²⁷ WAN Yi, "Three Topics on Legislative Technique of Criminal Default Trial System: Focus on the Criminal Procedure Law of People's Republic of China (Amendment Draft)," *Criminal Science*, no. 3 (2018): 29.

allowed to bring a lawsuit without the defendant based on considerations such as judicial interests. In other words, a trial in absentia meets the requirements of article 14, paragraph 3 (d), of the *International Covenant on Civil and Political Rights* only if the State takes the necessary steps to summon the defendant in a timely manner and notifies him of the date and place of the trial and requires him to appear in advance²⁸. Referring to the relevant norms of the criminal trial in absentia in EU countries, this system is admissible, and the premise of due process is to ensure the right to know of the accused before the trial in absentia, that is, ensuring that the accused “knows” the trial date and the legal consequences of not appearing in court, which implies the objective requirements for the service mode of this procedure²⁹. The Council of the European Union also pointed out: “For a trial in which the person concerned did not appear in person, the recognition and enforcement of the decision shall not be refused in the following cases: if he or she is personally summoned and thus be informed of the scheduled date and place of the trial, or if he or she actually receives official information on the scheduled date and place of the trial in other ways, it can be clearly determined that he or she knows the scheduled trial. In such cases, the person should also receive the information ‘in a timely manner’, which means that this time is sufficient for him or her to participate in the trial and effectively exercise his or her right to defence³⁰. “It not only clarifies the due degree of actual knowledge, but also shows the basic position of EU countries that the actual knowledge of the defendant in absentia is the premise of the application of the trial in absentia.

Accordingly, the author advocates that the Chinese-style criminal trial in absentia should try its best to make the criminal suspects and the defendants receive it in person in the setting of the service mode of summons, copies of indictment and judgments, so as to protect their right to personally perceive the proceedings and increase their opportunities to participate in the trial. In the author’s view, although the strict requirement of personal service will inevitably reduce the possibility of the application of this procedure to a certain extent, however, from the perspective of the protection of judicial human rights and the proper meaning of legal due process, the notification obligation of the trial in absentia should be regarded as a strict interpretation, and the right to know of the absent defendant should not be derogated by means of the announcement and the transfer simply because of the difficulty of extraterritorial personal service. Article 232, paragraph 2, of the German *Code of Criminal Procedure* clearly stipulates: “If only summoned by public announcement, the defendant shall not be tried in absentia. “Article 83, paragraph 3, of the German Law on *International Judicial Assistance in Criminal Cases* stipulates: “Extradition shall not be granted if the request is based on a judgment in absentia against the person sought and the person sought is tried in absentia because he has not been summoned in person or otherwise informed of the date of the hearing...” A trial in absentia conducted without the actual knowledge (personal service) of the absent defendant is excluded from the circumstances in which extradition is possible.

The application of direct service and the exclusion of announcement service to the defendant in absentia is not only the legal premise of the operation of this system, but also the most critical difference between the criminal trial in absentia and the property confiscation procedure without judgment. The difference between the two types of procedures is the guarantee of the accused’s right to know in the trial in absentia, that is, whether the accused has known “knowledge of the date of the trial and the consequences of failure to appear “before the court trial and waived his right to appear in court in an express or implied way. Therefore, due to the legislative considerations of the minimum procedural justice and the protection of the accused’s right to know, the trial in absentia should be carried out by direct service, which denies the legality of announcement service in this procedure, which is the basis of the legality of the default judgment, and it is also a necessary condition for the subsequent return of the property involved and the extradition of the defendant based on the default judgment.³¹ Of course, in view of the objective existence of direct service difficulties, I agree with Professor Huang Feng’s view that “the legal difficulties of serving a notice of summons to criminal suspects or defendants abroad through criminal judicial assistance should be fully estimated, and we may consider serving more neutral notification documents to the above-mentioned persons firstly; appropriately move forward the process of assigning counsel to the accused in absentia, so as to try to complete the litigation notice required by the trial in absentia through lawyers³².” This needs the support of legislative norms of the legal aid system.

Second, provide substantive and effective lawyer help for the absent defendant, and make up for the absence of the trial structure caused by the absence of the defendant. As a special type of trial procedure, the requirement of the verbal trial determines that trial in absentia should still maintain the procedural structure of the three parties of prosecution, defense, and trial. Due to the absence of the defendant in this procedure, the participation and effective help of the counsels have become another key mechanism for the operation of the trial in absentia, which constitutes another measure to protect the rights and interests of the defendant under the trial in absentia, that is, “quasi-bench trial” as some scholars say. In order

²⁸ UNCHR, General Comment No. 32, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), para. 36. quoted in ZHAO Changcheng, “*Chinese-model Trial in Absentia from the Perspective of international Human Rights*,” *Western Law Review*, no. 1 (2019): 79.

²⁹ CHEN Weidong, “*Several Issues on the Application of Criminal Trial by People’s Procuratorate*,” *Journal of National Prosecutors College*, no. 1 (2019): 42.

³⁰ Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009, OJ L 81, 27. 3. 2009. P. 25. quoted in ZHAO Changcheng, “*Chinese-model Trial in Absentia from the Perspective of international Human Rights*,” *Western Law Review*, no. 1 (2019): 79.

³¹ CHEH Weidong, “*On Criminal Default Trial system with Chinese Characteristics*,” *Criminal Science*, no. 3 (2018): 42.

³² HUANG Feng, “*Legal Issues to be Paid Attention to in Absentia Trial of Fugitive Persons*,” *Research on Rule of Law*, no. 4 (2018): 63.

to ensure that the counsel's opinions can still effectively participate in the formation of the referee in the trial under the circumstance of the absence of the defendant, some countries explicitly require that defense lawyers must participate in the trial in absentia³³.

As one of the basic elements of due process and fair trial of law, ensuring that criminal defendants can obtain the help of lawyers is not only an essential part of human rights protection in *international human rights law*, but also a basic requirement of the *United Nations Criminal Justice Rule*. After the two World Wars, people became more aware of the importance of human rights protection, and the words of respecting and protecting human rights frequently appeared in important international conventions. The most representative are undoubtedly *UN Charter*, *the Universal Declaration of Human Rights*, *the International Covenant on Civil and Political Rights* and some Conventions of International Organizations in some regions, such as *European Convention on Human Rights*, *The American Convention on Human Rights* and so on. *The UN Charter* "reaffirms basic human rights, the dignity and worth of the human person"; *The International Covenant on Civil and Political Rights* "considers that recognition of the inherent dignity of all members of the human family and their equal and inalienable rights, in accordance with the principles proclaimed in the UN Charter, is the foundation of freedom, justice and peace in the world..." Just under such background that national legislation in many countries has strengthened the protection of human rights.³⁴ When it comes to the area of criminal proceedings, a symbolic embodiment is to improve and develop the right to defense, especially the right of access to a lawyer. Article 93 of *the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* requires that: "Prisoners without trial, who have a social obligation to legal assistance in order to prepare their defence, shall be granted access to such assistance and to a lawyer." *The International Covenant on Civil and Political Rights* recognizes the defendant's right to criminal legal aid as one of the minimum requirements for fairness in criminal trials³⁵.

According to a series of international instruments adopted and confirmed by the United Nations, the purpose of providing legal aid in the field of criminal justice is to protect the legitimate rights and interests of criminal suspects and defendants in criminal proceedings and ensure the fair handling of criminal cases. The law not only grants the defendant the right to defense, in addition, full-time legal personnel are allowed to defend and provide legal help for defendants, so that some of the defendant cannot get effective help from lawyers just because of economic poverty and other reasons, thus damaging their litigious rights and the interests of the entity. *The United Nations Guidelines on Criminal Legal Assistance* require States to "ensure equal and equitable treatment of all persons in the process of criminal justice". From the perspective of the relevant legal instruments of the *United Nations Criminal Legal Assistance*, the objects applicable to legal aid in the process of criminal justice can be divided into general objects and special objects. Among them, the general object is the ordinary defendants. Article 14, paragraph 3 (d), of the *International Covenant on Civil and Political Rights* states that "if he does not have access to legal aid, he shall be notified of that right; in cases where the interests of justice so require, legal aid shall be assigned to him, and in cases where he is not sufficiently able to pay for it, he shall not be required to pay for it himself." Special objects are mainly prisoner under sentence of death and juvenile delinquent. In order to enhance the special protection of persons who may be sentenced to death, *Safeguards on the Protection of the Rights of Persons Facing the Death Penalty* specify that "any person suspected of or accused of committing a crime punishable by death" shall, without exception, receive legal aid. In view of the differences between juveniles and adults in psychological and physical aspects, the *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* provides special protection for juveniles involved in criminal defense. It not only provides comprehensive provisions on the rights of juveniles involved in criminal proceedings, but also emphasizes that "juveniles should have the right to be represented by a legal counsel throughout the proceedings, or he could apply for such legal assistance in the country where it is compulsory", thus realizing the all-round stage of legal aid.

In the author's opinion, the particularity of the meaning of "absence" in the trial in absentia determines that the defendant in absentia should be included in the object of special legal aid like the prisoner under sentence of death and juvenile delinquent³⁶. At the same time, in order to protect the rights and interests of the defendant in absentia in time, give full play to the due role of criminal defense, and realize the basic essentials of the litigation notice required by the lawyer in absentia trial, in trial in absentia, the author believes that the procedure for assigning counsel to defendant in absentia should be appropriately advanced. That is to say, Article 293 of the current *Criminal Procedure Law* on legal aid defense should be applied to all procedures, including filing, investigation, prosecution, first instance, second instance, retrial and the system of retrial after the presence in court of defendant in absentia, to ensure that the attorney can provide full and comprehensive assistance and avoid the legal aid defense becoming a mere formality.

³³ 如俄罗斯《刑事诉讼法典》规定“因身处境外或逃避出庭而缺席审判的，必须有辩护人参与”。For example, *The Criminal Procedure Code* of Russian stipulates that "if a trial is held in absentia because of being abroad or evading appearance in court, the defender must participate". Italy also explicitly requires that such trials in absentia be "represented by the defender". The jurisprudence of the European Court of Human Rights also clearly stated that "if the court is required to conduct a trial by default, it shall bear the responsibility to prove that the defendant evaded the trial, and the defense lawyer shall appear in court to defend."

³⁴ CHEN Guangzhong & Wang Haiyan, "A Study on Lawyer's Defense in the Investigating Stage," *China Legal Science*, no. 1 (2010):124.

³⁵ BIAN Jianlin & YANG Yuguan, *Summary of the United Nations Criminal Justice Standards*, *Journal of CUPL*, 2003, p.105.

³⁶ This view has been confirmed by the current *Criminal Procedure Law*. The current Article 294 of *the Criminal Procedure Law*: "When people's court tries a case by default, the defendant has the right to entrust a defender, and the immediate family of the defendant may entrust a defender on his behalf. If no defender is entrusted, the people's court shall notify legal aid to appoint a lawyer to provide defence."

- c) Refine the relief standard, clarify the respective application conditions of the relief methods and their internal logical relations

The provisions of different countries are slightly different on what remedies can be adopted for cases of trial in absentia. The essence of what kind of review remedy should be established depends on how lawmakers view the effect of trial in absentia in the legislative orientation, that is, whether it is regarded as bench trial. If so, the judgment made in trial in absentia is as effective as an ordinary procedure; If not, provision may be made for the defendant in absentia to be retried after his presence in court or retried on dissent. The factors influencing its legislative considerations include the type of trial in absentia, the institutional arrangements to ensure the effect of bench trial to-be, etc.³⁷ The trial in absentia is held under the condition that the defendant does not appear in court. After the defendant arrives in court, there may be not only changes in the selection of procedure application, but also a new judgment can be even made by starting the procedure for supervision upon adjudication, which gives rise to some uncertainty in the adjudication of this procedure. Therefore, from a worldwide perspective, the criminal trial in absentia in countries and regions under the rule of law generally endows the defendant with the right to procedural relief.

First, the right of procedural dissent enjoyed by the defendant in absentia. As an important phase of the mechanism of rights protection in the trial in absentia, the procedural dissent right of the criminal defendant is not only an important way for the protection of the litigation right of the defendant in absentia, which helps to alleviate the value conflict between justice and efficiency, and ensure the maximum balance between *procedural justice and substantive justice*, but also a necessary prerequisite for the smooth realization of the extradition request. Article 8 of the *Extradition Law of the People's Republic of China*, adopted in 2000, also stipulates that one of the circumstances under which China refuses a foreign extradition request is "the requesting State makes an extradition request based on a trial in absentia", except that "the Requesting State undertakes to give the person sought the opportunity of retrial in his presence after extradition". For some countries that do not recognize the trial in absentia or provides for extradition not to be based on a trial in absentia, the retrial clause was specially stipulated when the system was constructed to ensure that the defendant will have the opportunity to retry the case after his arrival in court, so as to smooth the progress of extradition³⁸.

In addition, in extraterritorial countries and regions where defendant in absentia are endowed with the right of procedural dissent, their criminal legislation generally attaches necessary restrictions to the exercise of such right of dissent, and the court exercises the discretion according to law. As a special procedure, the trial in absentia is special only in the particularity of the application object and the program construction, rather than the particularity of the legal effect of the judgment. Since the trial in absentia is one of the procedures of legal proceedings, then the trial in absentia made by the people's courts in accordance with this procedure is the legal judgment of first instance. In litigation jurisprudence, after the legal appeal weeks, the certainty of Res judicata is generated. The stipulation that the people's court should retry once the defendant in absentia voice a dissent is equivalent to directly negating the Res judicata of the trial in absentia, impinges the stability and authority of the legally effective judgment or order made in this procedure, and violates the principle of litigation jurisprudence and procedural rule of law.

In order to prevent the abuse of the right of dissent, which aims to realize the rights protection and the right to relief, the author proposes to clarify the basic conditions for the defendant in absentia to voice a procedural dissent through judicial interpretation, that is, the defendant in absentia who voices the dissent is required to provide evidence to prove that his previous absentia has a valid reason, and the judgment of this kind of reason can be made according to the relevant provisions of the *Civil Procedure Law*, such as natural disasters and other force majeure, reasons that can not be attributed to the objective, etc. Once the criminal defendant has knowingly and voluntarily waived his right to appear before a judge, he is not required to be offered a retrial. In other words, "if the defendant in absentia had prior knowledge of the scheduled trial and was defended by a lawyer at the trial, the legal effect of acknowledging and enforcing conviction in absentia shall not be denied, or the determined force cannot be optionally negated³⁹." Only when a trial is held without ascertaining that the defendant in absentia has waived his right to attend the court and to defend himself, and deprive him of the right of dissent, which allows him to then apply for a new decision on the facts and law of the default judgment, can it constitute a so-called miscarriage of justice and depart from the due process of law.

Second, the independent right of appeal enjoyed by immediate family. Different from the current Article 227 of the *Criminal Procedure Law* on the conditional right of appeal enjoyed by the immediate family of the criminal defendant⁴⁰, the immediate family of the defendant in absentia enjoy the independent right of appeal⁴¹. According to the current regulations, even if the defendant in absentia himself can correctly express his will and clearly express his intention not to appeal, his

³⁷ CHU Dianqing, "Classification and System Structure of Criminal Trial by Default," People's Court Daily, Jan 24, 2019, at A6.

³⁸ FAN Wen, "The German System of Extradition: Principles, Structures and Changes," Global Law Review, no. 4 (2016): 135.

³⁹ Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009, OJ L 81, 27. 3. 2009. P. 25. quoted in ZHAO Changcheng, "Chinese-model Trial in Absentia from the Perspective of international Human Rights," Western Law Review, no. 1 (2019): 87.

⁴⁰ the current Article 227 of the *Criminal Procedure Law*: "with the consent of the defendant, the defender and the immediate family of the defendant may file an appeal."

⁴¹ the current Article 294 of the *Criminal Procedure Law*: "The people's court shall serve the court verdict on the defendant and his relatives and defenders. If the defendant or his relatives refuse to accept the judgment, they shall have the right to appeal to the people's court at the next higher level. A defender may file an appeal with the consent of the defendant or his close relatives."

immediate family has the right to appeal according to their own will. The reason why the legislative issues operate like this is to protect the right of relief enjoyed by defendant in absentia to the maximum extent, avoid the right of appeal relief in name only due to multiple reasons such as the objective don't arrive before the court. However, when analyze by terms of properties, as a kind of trial procedure, the content of trial in absentia revolves around the resolution criminal responsibility for the defendant in absentia, namely conviction and sentencing, the defendant in absentia is the party of this procedure. In this sense, compared with the original right of appeal enjoyed by the defendant in absentia himself, the right of appeal enjoyed by his immediate family is a derived, subordinate and supplementary right of relief in nature. In the case that the defendant in absentia can correctly express his will and has clearly expressed his intention not to appeal, in criminal legislation and criminal justice, individual's cognitive judgment and inner will should be respected, and his immediate family should not be allowed to appeal. The right of appeal enjoyed by the immediate family of the defendant in absentia should be limited under the premise that "the defendant is unable to correctly express the intention of appeal or has not made a clear indication of whether to appeal or not", so as to avoid self-cognition in the name of protection of rights.

Third, clarify the internal logical relationship between different relief methods. The trial in absentia is a kind of procedure with high risk. Therefore, it is necessary to strictly set conditions, and strictly control the program startup, program operation and other links. In order to prevent erroneous judgement caused by absentia and dissolve many trial principles and trial systems under the due process of law, in the trial in absentia, once there is evidence that there may be erroneous judgement or breach of procedural law, the defendant in absentia or his immediate family and the advocate should be given the right of remedy by starting the relief procedure. However, the author believes that among the three relief modes of procedural dissent, appeal relief and retrial relief stipulated in the current *Criminal Procedure Law*, criminal legislation should clarify the internal logical relationship between different relief methods in the form of judicial interpretation on the basis of clarifying their respective applicable conditions, to form a relief mechanism with primary and secondary logic and smooth connection, which takes appeal relief and retrial relief as normal and retrial as exception, so as to avoid the procedure returning to zero caused by the retrial to the maximum extent on the basis of conforming to the essence of the judgement proceedings of trial in absentia.

In addition, the author believes that all stages of the criminal trial in absentia, from the first trial, the second trial to the retrial, should emphasize the significance of public disclosure, for example, we can invite non-specific members of the public to attend the trial and broadcast the trial live through network media, so as to strengthen the legitimacy, rationality and social acceptability of the procedure. One way to be considered is to clarify the participation of people's jurors in this procedure, break the public's subjective cognition of the judicial injustice of this procedure, deepen the public's recognition of this procedure through the participation of jurors. At the same time, we should strengthen the reasoning of the judgment by default, maximize the promotion of the defendant by default, his close relatives and the defender to stop litigation and serve the judgment, and give play to the positive function of the origin of criminal trial. At the same time, we should strengthen the reasoning of the judgment by default, maximize the promotion of the defendant by default, his close relatives and the defender to stop litigation and serve the judgment, and give play to the positive function of the origin of criminal trial.

Conclusion

As a new criminal procedure system, the legislative mode of criminal trial in absentia is obviously different from the leniency system of admitting guilt and accepting punishment and fast-track sentencing process. This system is guided by practical problems and is of great significance for solving practical problems and perfecting the criminal procedure system. In order to ensure the consistency between the noumenal norms of this system and between this system and other related litigation systems, the construction and perfection of Chinese-style criminal trial in absentia should not only be examined and reflected with local thinking, but also be detailed and standardized from macro and micro dimensions based on the smooth operation of international criminal justice standards and international judicial assistance mechanism and the bottom line requirements of due process of law.

References

1. *ZHANG Jieyu*. Research on the Rights of the Defendant in Criminal Procedure by Default in China, Proceedings of the 2018 Annual Conference of the Chinese Society of Criminal Procedure Law, p. 367.
2. *DENG Siqing*. Study on Criminal Default Trial System, Chinese Journal of Law, 2007. No. 3. P. 92–112.
3. *Michael D-Bayles*. The Principle of Law — A Normative Analysis, Encyclopedia of China Publishing House, 1996, p. 35.
4. *WAN Yi*. On the Trial by Default System in Criminal Procedure, Contemporary Law Review, 2004. No. 1. P. 40–47.
5. *HU Zhifeng*. Study on Standard of Proof in Criminal Trial by Default, Journal of National Prosecutors College, 2018. No. 3. P. 116–126, 173–174.
6. *XU Guodong*. Interpretation of Basic Principles of Civil Law, China University of Political Science and Law Press, 1992, p. 333.
7. *Gustav Radbruch*. Introduction to Law, Commercial Press, 2013, p. 170.

8. *XIAO Peiquan*. The Application of the System of Criminal Trial in Absentia under the Value Balance Theory, *Law Science Magazine*, 2018. No. 8. P. 50–59.
9. *CHEN Guangzhong*. The Latest Development of Foreign Criminal Procedure Legislation in the 21st Century, *China University of Political Science and Law Press*, 2004, p. 77.
10. *CHEN Weidong, HU Zhifang*. On Consideration of Right of Disposing by Criminal Litigant, *Political Science and Law*, 2004. No. 4. P. 119–126.
11. *CHEN Weidong*. On Criminal Default Trial system with Chinese Characteristics, *Criminal Science*, 2018. No. 3. P. 14–26.
12. *LONG Zongzhi*. Research on Criminal Court Trial System, *China University of Political Science and Law Press*, 2001, p.22.
13. *YANG Ming, WANG Zheng*. On Criminal Trial by Default, *Criminal Science*, 2003. No. 1. P. 71–76.
14. *CHEN Guangzhong*. Theory and Practice of Procedural Law (2005), *China Founder Press*, 2005, p. 679.
15. *ZHANG Jixi*. On the Scope of Application of Criminal Trial by Default — From the Perspective of Comparative Law, *Criminal Science*, 2007. No. 5. P. 72–78.
16. *WANG Yichao*. The Scope of Application of Criminal Trial by Default — From the Perspective of Functional Analysis, *Proceedings of the 2017 Annual Conference of the Chinese Society of Criminal Procedure Law*, p. 342.
17. *ZHANG Jianwei*. Focus on Trial: Deep and Vertical Interpretation of Rights and Benefits Protection on Trial, *Journal of CUPL*, 2016. No. 5. P. 113–124, 161.
18. *WAN Yi*. Three Topics on Legislative Technique of Criminal Default Trial System: Focus on the Criminal Procedure Law of People's Republic of China (Amendment Draft), *Criminal Science*, 2018. No. 3. P. 27–37.
19. *ZHAO Changcheng*. Chinese-model Trial in Absentia from the Perspective of international Human Rights, *Western Law Review*, 2019. No.1. P. 76-88.
20. *CHEN Weidong*. Several Issues on the Application of Criminal Trial by People's Procuratorate, *Journal of National Prosecutors College*, 2019. No.1. P. 40–50.
21. *HUANG Feng*. Legal Issues to be Paid Attention to in Absentia Trial of Fugitive Persons, *Research on Rule of Law*, 2018. No. 4. P. 58–66.
22. *CHEN Guangzhong, Wang Haiyan*. A Study on Lawyer's Defense in the Investigating Stage, *China Legal Science*, 2010. No. 1. P. 123–133.
23. *BIAN Jianlin, YANG Yuguan*. Summary of the United Nations Criminal Justice Standards. *Journal of CUPL*, 2003, p. 105.
24. *FAN Wen*. The German System of Extradition: Principles, Structures and Changes, *Global Law Review*, 2016. No. 4. P. 127–146.

Государственные компании как истцы согласно Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами¹

Андреева Наталья Сергеевна, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», АО «Лучший выбор» (Москва, Российская Федерация)
аспирант, юрист практики разрешения споров и практики международного арбитража;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
 ORCID: 0000-0002-6417-4195

Аннотация

В данной статье автор исследует вопрос статуса государственных компаний как истцов согласно Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами и компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров на рассмотрение требований государственных компаний. В работе рассматриваются возможные ограничения права на иск государственных компаний, отраженные в так называемом тесте Броше. В результате анализа практики международных инвестиционных трибуналов автор делает вывод, что право на обращение в международный инвестиционный арбитраж в любом случае должно быть доступно для государственных компаний, которые выполняют коммерческую функцию. Кроме того, автор предлагает алгоритм для определения наличия права на иск у государственной компании, которая уполномочена осуществлять элементы государственной власти.

Ключевые слова: государственные компании, международный инвестиционный арбитраж, Вашингтонская конвенция, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, право на иск, тест Броше.

State Companies as Claimants Under the 1965 Washington Convention on Investment Disputes Between States and Foreign Persons²

Natalia S. Andreeva, National Research University Higher School of Economics, School of Legal Regulation of Business, Faculty of Law (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student, Dispute Resolution and International Arbitration Practice of Better Chance JSC;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
 ORCID: 0000-0002-6417-4195

Abstract

In this article, the author examines the status of state-owned companies as claimants under the 1965 Washington Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States and the competence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes to consider claims of the state-owned companies. The paper considers possible limitations of the right of action of the state-owned companies, reflected in the so-called "Broches test". As a result of the analysis of the case law of international investment tribunals the author concludes that the right of recourse to international investment arbitration shall in any case be available for the state-owned companies which perform a commercial function. In addition, the author proposes an algorithm for determining whether a state-owned company, which is authorized to exercise elements of state power, has the right of action.

Keywords: state-owned entities, international investment arbitration, Washington Convention, International Centre for Settlement of Investment Disputes, right of action, Broches test.

¹ В данной научной работе использованы результаты стратегического проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках проектной научно-исследовательской деятельности факультета права НИУ ВШЭ в 2022–2023 уч. году.

² This scientific work uses the results of the strategic project "Legal Mechanisms for Overcoming Inequality", carried out as part of the project research activities of the HSE Faculty of Law in 2022–2023.

Введение

Государственные компании оказывают существенное влияние на экономику и жизнь людей во всем мире. Во многих государствах они предоставляют населению услуги в таких ключевых сферах, как водоснабжение, электроснабжение и транспорт. Государственные компании разнообразны — они отличаются по размеру, сфере деятельности, а также степени государственного контроля. Некоторые из них выполняют государственные функции, иные же в большей степени ориентированы на коммерческую деятельность. При этом крупнейшие государственные компании стали важными игроками в мировой экономике³. Так, согласно исследованию Международного валютного фонда (далее — МВФ) 2020 г., за последнее десятилетие доля активов государственных компаний среди 2000 крупнейших компаний мира удвоилась и достигла 20%. В 2018 г. эти активы составляли 45 трлн долл., что эквивалентно 50% мирового ВВП⁴.

Большое количество государственных компаний является транснациональными. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (далее — ЮНКТАД), общее количество транснациональных государственных компаний в 2019 г. составило 1500⁵. При этом их количество растет в том числе в связи с тем, что в эпоху пандемии COVID-19 одним из способов государственной поддержки стало приобретение государствами пакетов акций частных компаний, находящихся в сложном финансовом положении⁶.

Наиболее весомым драйвером роста количества государственных компаний в мире является Китай. Несмотря на то, что экономические реформы в Китае привели к увеличению роли частного сектора, сегодня в Китае все еще существует более 150 тыс. государственных компаний. В 2021 г. 143 китайские компании вошли в список Fortune Global 500, среди которых 82 являются государственными. Большое количество китайских государственных компаний являются транснациональными и активно инвестируют за рубежом, будучи главной опорой в реализации международных программ Китая «Один пояс и один путь» и «Сделано в Китае — 2025»⁷. Помимо Китая, большое количество транснациональных государственных компаний в Российской Федерации, государствах — членах ЕС (главным образом, во Франции, Германии, Италии), Индии, Малайзии, Южно-Африканской Республике и Объединенных Арабских Эмиратах⁸.

Принимая во внимание значительный объем инвестиций государственных компаний, а также политическую нестабильность, создающую повышенные риски экспроприации инвестиций, неудивительно, что государственные компании все чаще прибегают к механизмам разрешения споров между инвесторами и государством, содержащимся в международных инвестиционных соглашениях (далее — МИС). Однако, учитывая тесные связи между государственными компаниями и государствами — сторонами МИС, обоснованно ли утверждать, что государственные компании как инвесторы наделены правом инициировать арбитражное разбирательство против принимающего государства? Иными словами, могут ли государственные компании выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже?

Вопрос является особенно сложным в контексте Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее — Конвенция). Так, исходя из текста ее преамбулы можно сделать вывод о том, что Конвенция была разработана для поощрения международных частных (а не государственных) инвестиций⁹. Кроме того, ст. 25 (1) Конвенции предусматривает, что компетенция Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) ограничивается спорами между договаривающимся государством и лицом другого договаривающегося государства. Следовательно, МЦУИС не обладает компетенцией для рассмотрения споров между двумя государствами, равно как и для рассмотрения споров между двумя частными лицами. В связи с этим возникает вопрос о том, имеют ли государственные компании статус «лица другого договаривающегося государства», необходимый для инициирования разбирательства в МЦУИС, особенно в случае, если государственные компании неразрывно связаны с государством и полностью им контролируются?¹⁰

³ См. *Mohtashami R., El-Hosseny F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3. Iss. 2. P. 373–374.

⁴ International Monetary Fund, *Fiscal Monitor*, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 27.11.2022).

⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). 2019. *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*. Geneva: United Nations. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_en.pdf (дата обращения: 27.11.2022).

⁶ UNCTAD, *Global Investment Trends and Prospects*, 2021. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2021_ch01_en.pdf (дата обращения: 27.11.2022).

⁷ *Du M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado About Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 787.

⁸ International Monetary Fund, *Fiscal Monitor*, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 27.11.2022).

⁹ «Принимая во внимание потребность в международном сотрудничестве для экономического развития и значение в этом частных иностранных инвестиций...» (выделено нами. — *H. A.*).

¹⁰ См. *Cortesi G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 110–111.

Ограничивают ли МИС право государственных компаний выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже?

Отправной точкой для анализа вопроса возможности государственных компаний выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже являются МИС. Если толкование текста МИС приводит к выводу о невозможности распространения статуса инвестора на государственную компанию, ответ на вопрос о возможности инициирования ею арбитражного разбирательства против принимающего государства также является отрицательным.

М. Фельдман указывает, что действующие МИС лишь за некоторыми исключениями доступны для государственных компаний как истцов — по крайней мере, когда данные компании осуществляют коммерческую деятельность¹¹. Наиболее полное известное автору настоящей статьи исследование текстов МИС на предмет распространения статуса инвестора на государственные компании было осуществлено в 2015 г. Организацией экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР). В рамках данного исследования было проанализировано 1813 МИС. В результате были сделаны следующие выводы:

- 1) Большая часть МИС не разграничивает инвесторов по критерию собственности.
- 2) В 287 проанализированных МИС (16%) государственные компании прямо указаны в числе лиц, которые охватываются понятием «инвестор». При этом наиболее типичным является использование характеристик «находящиеся в собственности государства» или «контролируемые государством». В МИС, заключенных США, Австралией, Канадой, Японией и Объединенными Арабскими Эмиратами, государственные компании наиболее часто включаются в понятие «инвестор»¹². Например, в двустороннем инвестиционном соглашении (далее — ДИС), заключенном между Японией и Республикой Корея в 2002 г., понятие «инвестор» включает в себя юридических лиц, находящихся в собственности или контролируемых как частными лицами, так и государством¹³. Количество МИС, в которых государственные компании прямо указываются в определении инвестора, растет¹⁴.
- 3) Лишь в трех случаях государственные компании были прямо исключены из определения инвестора. Это соглашения, заключенные Панамой с Германией, Швейцарией и Великобританией в 1983 г. При этом данное исключение является ассиметричным: согласно указанным ДИС инвесторами не являются лишь государственные компании Панамы, но не Германии, Швейцарии и Великобритании¹⁵.
- 4) Некоторые МИС (примерно 6% от общего количества) прямо включают саму договаривающуюся сторону (государство) или ее правительство в понятие «инвестор». Например, в МИС, заключенном между Кувейтом и Южной Африкой в 2005 г., понятие «инвестор» охватывает также сторону соглашения, то есть государство и любые государственные органы¹⁶. В МИС, заключенных Кувейтом, Катаром, Объединенными Арабскими Эмиратами и Саудовской Аравией, правительство наиболее часто прямо включается в понятие «инвестор». ОЭСР связывает данную ситуацию с тем, что в данных государствах правительства играют роль иностранных инвесторов¹⁷.

Таким образом, практически все МИС допускают возможность инициирования разбирательства против принимающего государства государственными компаниями как инвесторами. Тем не менее означает ли это, что все государственные компании, в том числе те, которые выполняют государственную функцию, имеют право инициировать разбирательство против государства? Или же речь идет лишь о государственных компаниях, осуществляющих коммерческие функции?

«Тест Броше» как способ определения компетенции МЦУИС для споров по искам государственных компаний

Главный разработчик Конвенции и генеральный секретарь МЦУИС Арон Броше (Aron Broches) писал, что в процессе согласования текста Конвенции между государствами сложился консенсус, предполагающий, что, поскольку

¹¹ *Feldman M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. ICSID Review, 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35.

¹² *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 12–13.

¹³ Agreement Between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (signed 22 March 2002, entered into force 1 January 2003), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1727/download> (дата обращения: 27.11.2022).

¹⁴ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 11.

¹⁵ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 12–13.

¹⁶ Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of the State of Kuwait for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (signed 26 September 2005), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6184/download> (дата обращения: 27.11.2022).

¹⁷ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 13–14.

споры между государствами исключаются из юрисдикции МЦУИС, споры между государствами и государственными компаниями, контролируемые иными иностранными государствами, являющиеся де-факто спорами между государствами, также не относятся к компетенции МЦУИС. Следовательно, государственные компании, контролируемые государством, не могут квалифицироваться в качестве «лица другого договаривающегося государства», согласно Конвенции.

В 1972 г. А. Броше сформулировал утверждение, призванное определить возможность распространения статуса «лица другого договаривающегося государства» согласно Конвенции на компанию с государственным участием: компания с государственным участием может признаваться «лицом другого договаривающегося государства» по смыслу Конвенции, если она не является агентом государства или не выполняет государственную функцию¹⁸. Данное утверждение вошло в историю международного инвестиционного арбитража в качестве «теста Броше».

Таким образом, «тест Броше» рассматривает две ситуации: 1) государственная компания действует под контролем государства, то есть действует в качестве агента; 2) государственная компания осуществляет делегированные правительственные полномочия. Вместе с тем «тест Броше» является не вполне определенным. Нет единого понимания, в каких ситуациях государственная компания, инвестируя в другое государство, будет выступать в качестве агента своего государства или реализовывать государственную функцию этого государства экстерриториально, учитывая, что государства по общему правилу осуществляют свою юрисдикцию на своей территории, а не на территории иностранного государства.

Хрестоматийным делом, в котором международный инвестиционный трибунал применил «тест Броше», является дело CSOB v. Slovakia. В данном деле истец был банком, в котором более чем 65% акций принадлежало Чехии, а 24% — Словакии. Как результат «бархатной революции», в Чехии начались трансформационные процессы в сторону рыночной экономики, и CSOB предпринял меры, направленные на функционирование его в качестве независимого коммерческого банка, имея в качестве конечной цели приватизацию. Перед трибуналом стояли вопросы о том, действовал ли CSOB (1) как агент Чешской Республики и (2) выполнял ли он по существу правительственные функции в отношении обстоятельств, имеющих отношение к спору. По итогам рассмотрения данных вопросов трибунал сформулировал несколько важных выводов.

Во-первых, трибунал пришел к выводу, что термин «лицо другого договаривающегося государства», используемый в ст. 25 Конвенции, покрывает не только частные компании, но и также компании, полностью или частично находящиеся в собственности государства¹⁹.

Во-вторых, трибунал использовал тест характера действий государственной компании, который не принимает во внимание мотивы и цели ее деятельности на территории иностранного государства. Так, трибунал пришел к выводу, что при определении того, осуществлял ли CSOB государственные функции в отношении обстоятельств спора, необходимо сосредоточиться на характере этой деятельности, а не на ее цели. Хотя нельзя сомневаться в том, что CSOB действовал согласно правительственной политике, сама деятельность банка (в частности, получение кредита) по своему характеру была коммерческой, а не правительственной. Таким образом, трибунал отклонил юрисдикционные возражения Словакии и установил компетенцию в отношении требований CSOB.

Подход трибунала по делу CSOB v. Slovakia подвергается критике. Так, М. Фельдман отметил, что трибунал в данном деле необоснованно сфокусировался исключительно на характере действий CSOB, а не на мотивах и цели его деятельности, которая заключалась в содействии правительственной политике. При этом трибунал не сослался ни на один источник в подтверждение такого подхода. По мнению М. Фельдмана, в качестве ориентира для толкования должны были быть использованы статьи Комиссии международного права об ответственности государства за международно-противоправные деяния (далее — Статьи КМП)²⁰.

В деле Rumeli Telekom and Telsim Mobil v. Kazakhstan перед трибуналом встал вопрос о том, является ли основанием для применения «теста Броше» установление контроля Турецкого фонда страхования сберегательных вкладов (далее — TSDIF), турецкого государственного учреждения, над истцами — двумя турецкими телекоммуникационными компаниями. Руководствуясь турецким законодательством, TSDIF назначил в Rumeli Telekom и Telsim Mobil своих управляющих. Казахстан утверждал, что истцы не удовлетворяют условиям ст. 25 Конвенции, поскольку контролируются государством и его органами²¹. Трибунал отклонил данное юрисдикционное возражение Казахстана, поскольку TSDIF не является истцом в данном арбитраже — арбитраж был инициирован компаниями Rumeli Telekom и Telsim Mobil. Как отметил трибунал, роль TSDIF можно в некоторой степени сравнить с ролью арбитражного управляющего или ликвидатора. Неверно утверждать, что в случае победы истцов в арбитраже Турция будет единственным бене-

¹⁸ Broches A. Selected Essays. World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law, 1995. P. 201–202.

¹⁹ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 16.

²⁰ Feldman M. State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. ICSID Review, 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35. См. также: Cortesi G. A. ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2017. P. 112–113.

²¹ Rumeli Telekom A. S. Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 310.

фициаром денежных средств, присужденных истцам. Данные денежные средства будут использованы для выплаты денежных средств всем кредиторам истцов²².

В деле *Beijing Urban Construction Group (BUCG) v. Yemen* трибунал столкнулся с аналогичными юрисдикционными возражениями государства: 1) BUCG действовала под контролем правительства Китая при осуществлении своей деятельности, которая заключалась в преследовании социальных, промышленных и внешнеполитических целей; 2) BUCG была уполномочена осуществлять элементы государственной власти в Китае. В свою очередь, BUCG утверждала, что любые связи, которые она как китайская государственная компания может иметь с китайским правительством, или тот факт, что она может выполнять определенные функции в Китае, соответствующие политике китайского правительства, не имеют отношения к осуществлению его инвестиций на территории Йемена — строительству терминала аэропорта. BUCG осуществила данные инвестиции после того, как одержала победу на конкурсе, в котором участвовали как частные, так и государственные предприятия.

Трибунал отклонил указанные юрисдикционные возражения Йемена и пришел к выводу, что доказательства по делу не устанавливают, что при осуществлении строительства терминала BUCG действовала как агент китайского государства. Кроме того, трибунал установил, что участие китайского государства в принятии ключевых решений в BUCG не имеет значения для целей определения того, выполняла ли BUCG правительственные функции в данном конкретном случае. Трибунал установил отсутствие доказательств того, что в отношении строительства терминала аэропорта BUCG выполняла государственную, а не коммерческую функцию. При этом трибунал подчеркнул, что BUCG не выполняла правительственные функции Китая на суверенной территории Йемена²³.

Статьи КМП и право на иск государственной компании в международном инвестиционном арбитраже

Элементы «теста Броше» являются «зеркальным отражением» ст. 5 и 8 Статей КМП²⁴. В Статьях КМП кодифицированы нормы о международно-правовой ответственности государств, которые по большей части представляют собой международное обычное право и являются обязательными для соблюдения государствами²⁵.

После дела *CSOB v. Slovakia* ст. 5 и 8 Статей КМП применялись в инвестиционном арбитраже для решения вопросов о том, присваивается ли государству-ответчику поведение государственной компании (вопрос attribution), а также о том, является ли государственная компания «лицом другого договаривающегося государства» в контексте Конвенции. Трибунал в деле *Maffezini v. Spain* установил, что между этими двумя вопросами существует достаточное сходство, которое позволяет использовать практику, сформировавшуюся для одного из них, в контексте другого²⁶. Далее мы рассмотрим статьи КМП как возможный способ конкретизации «теста Броше».

Статья 5 Статей КМП

Ст. 5 Статей КМП предписывает, что поведение лица присваивается государству, если это лицо наделено законом полномочиями осуществлять элементы государственной власти и действует в этом качестве в данном конкретном случае. В контексте инвестиционного арбитража это подразумевает такие действия, как выдача лицензий, одобрение или блокирование коммерческих сделок, введение квот и пошлин.

Согласно комментарии КМП, для применения ст. 5 необходимо рассмотреть такие вопросы, как содержание полномочий, способ наделения лица полномочиями, цели их осуществления и степень подотчетности лица правительству. При этом наличие большего или меньшего участия государства в капитале лица не является решающим критерием для целей присвоения государству действий лица²⁷.

Ст. 5 Статей КМП была впервые применена в деле *Maffezini v. Spain*, в котором Испания утверждала, что спор возник не между Испанией и истцом, а между истцом и компанией *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (далее — SODIGA). Перед трибуналом стоял вопрос о том, могут ли действия государственной компании SODIGA быть присвоены государству. Трибуналу необходимо было установить: во-первых, является ли SODIGA лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти; во-вторых, являются

²² *Rumeli Telekom A. S., Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 327.

²³ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 35, 39, 42, 44.

²⁴ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 34.

²⁵ *Боклан Д. С., Боклан О. С., Сибатян А. С.* Значение Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния для защиты интересов сторон при разрешении споров в рамках ВТО. *Международное правосудие*, 2016. № 4. С. 101.

²⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para. 79.

²⁷ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc A/56/10 (2001). P. 43.

ли действия SODIGA, в отношении которых заявил требования истец, результатом реализации государственной власти²⁸.

Чтобы определить, является ли SODIGA лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, трибунал вначале применил формальный тест: если компания находится в государственной собственности или контролируется, прямо или косвенно, государством или если ее целью является выполнение государственных функций, которые по своей природе обычно не выполняются частными лицами, это дает основание для опровержимой презумпции того, что компания является государственной²⁹.

Применив формальный тест, трибунал установил, что контрольный пакет акций SODIGA принадлежит испанскому правительству. Тем не менее трибунал указал на то, что данный тест не может быть использован изолированно и должен быть дополнен функциональным тестом, в рамках которого анализируются функции или роль, которую выполняет компания³⁰. Применив функциональный тест, трибунал установил, что намерением правительства Испании при учреждении SODIGA было создание организации для выполнения государственных функций, включая содействие региональному промышленному развитию автономной области Галисия. Многие из функций, которые выполняла SODIGA, такие как поиск и привлечение новых предприятий для инвестирования в Галисию, по своей природе были типично государственными³¹. Таким образом, трибунал сделал вывод, что SODIGA является лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти.

Статус лица, уполномоченного в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, тем не менее автоматически не влечет за собой присвоение государству действий государственной компании. Для того чтобы установить, должна ли Испания отвечать за действия SODIGA, трибунал вновь применил функциональный тест, чтобы определить, являются ли конкретно те действия SODIGA, в отношении которых подал требования истец, государственными. Трибунал пришел к выводу, что часть видов деятельности SODIGA являются коммерческими по своей природе и не влекут за собой реализацию элементов государственной власти. Но конкретно действия SODIGA в отношении истца (незаконный перевод средств со счета господина Maffezini) должны быть присвоены государству, поскольку они не являются чисто коммерческими по своей природе. В результате трибунал установил, что действия SODIGA представляют собой нарушение Испанией положений применимого ДИС о защите инвестиций³².

Тест, примененный трибуналом в деле *Maffezini v. Spain*, был впоследствии использован трибуналом в деле *Jan de Nul v. Egypt*. В данном деле государство заявило, что в данном деле возник спор между истцом и Управлением Суэцкого канала (далее — УСК), и действия УСК не могут быть присвоены государству. Трибунал установил, что УСК является государственной компанией, осуществляющей элементы государственной власти, поскольку оно было уполномочено издавать указы, связанные с судоходством по Суэцкому каналу, а также устанавливать и взимать плату за проход по каналу³³. Затем трибунал сосредоточился на характере действий УСК, в отношении которых заявил требования истец (заключении контракта по результатам торгов и отказе в продлении контракта), и пришел к выводу, что данные действия не могут быть присвоены государству, поскольку любая частная компания могла действовать аналогичным образом³⁴.

В деле *Toto Costruzioni v. Lebanon* государство заявило, что спор возник между итальянским инвестором и государственной компанией — *Conseil Executif des Grands Projets* (Исполнительный совет по крупным проектам, далее — ИСКП). Трибунал установил, что ИСКП является административным учреждением, связанным с Министерством общественных работ и транспорта, контролируется Советом министров и призвано осуществлять элементы государственной власти³⁵. ИСКП реализует все проекты, порученные ему Советом министров в области реконструкции и развития. В связи с этим трибунал отклонил юрисдикционные возражения государства и установил, что ИСКП осуществлял элементы государственной власти также в рамках контракта с истцом. Следовательно, Ливан может нести ответственность за действия ИСКП согласно ст. 5 Статей КМП³⁶. Тем не менее в отличие от дел *Maffezini v. Spain* и *Jan de Nul v. Egypt* трибунал не анализировал, являются ли конкретно действия ИСКП в рамках контракта с истцом государственными.

В деле *Hamester v. Ghana*, применив описанный выше двуступенчатый тест, трибунал установил, что на Совет по какао Ганы (далее — COCOBOD) были возложены правительственные функции. Основной функцией COCOBOD

²⁸ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 46, 51.

²⁹ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 47.

³⁰ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 50.

³¹ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 50.

³² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 83.

³³ Jan de Nul N. V. and Dredging International N. V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para. 166.

³⁴ Jan de Nul N. V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para. 170.

³⁵ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 52.

³⁶ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 60.

была закупка какао-продукции у ганских фермеров, а также экспорт данной продукции. Помимо данной сугубо коммерческой функции, в его функции также входило регулирование экспорта какао, стимулирование развития производства какао и другие функции, являющиеся государственными по своему характеру. Для выполнения этих функций СОСОВОД был наделен правительственными полномочиями, такими как принятие нормативных актов и наложение штрафов. Установление того факта, что СОСОВОД является государственной организацией, наделенной определенными правительственными полномочиями, само по себе не решает вопрос о присвоении его действий государству³⁷. Поэтому далее трибунал проанализировал действия СОСОВОД в отношении требований истца и установил, что они были коммерческими по своей природе, а не государственными и, следовательно, не могут быть присвоены государству³⁸.

Таким образом, практически во всех проанализированных делах (за исключением *Toto Costruzioni v. Lebanon*) трибуналы придерживались следующего алгоритма в целях установления возможности присвоения государству действий государственных компаний по смыслу ст. 5 Статей КМП:

- 1) определяли, является ли государственная компания лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти;
- 2) если государственная компания является лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, определяли, являются ли конкретно те действия государственной компании, в отношении которых заявил требование инвестор, государственными по своей природе.

Статья 8 Статей КМП

Статья 8 Статей КМП относится к первому элементу «теста Броше» — действует ли государственная компания под контролем государства в качестве агента. Согласно ст. 8 Статей КМП поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указаниям, под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения. Для применения ст. 8 Статей КМП достаточно доказать наличие хотя бы одного из перечисленных обстоятельств — указаний, руководства или контроля государства в отношении действий государственной компании³⁹.

В комментарии КМП к ст. 8 поясняется, что для целей доказывания присвоения государству действий юридического лица в соответствии со ст. 8, недостаточно владения государством контрольным пакетом акций (долей) данного лица. Однако если имеются доказательства того, что государство использовало свою долю или контроль над лицом специально для достижения определенного результата, то действия лица могут быть присвоены государству⁴⁰.

В деле *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania* трибунал пришел к выводу о наличии доказательств, свидетельствующих о том, что Министерство транспорта Румынии издало инструкции и указания двум государственным компаниям относительно того, как эти две компании должны вести себя при осуществлении своих прав акционеров. Кроме того, румынское государство использовало свой контроль над государственными компаниями для достижения конкретного результата — прекращения договорных отношений с иностранным инвестором. По мнению трибунала, такие действия подпадают под ст. 8 Статей КМП и должны рассматриваться как действия Румынии⁴¹.

В деле *Tulip v. Turkey* перед трибуналом встал вопрос о возможности применения ст. 8 Статей КМП к Турецкому инвестиционному трасту в сфере недвижимости (далее — Emlak). Трибунал пришел к выводу, что большинство голосующих акций Emlak и совет директоров во все соответствующие периоды контролировались ТОКИ, государственным органом, ответственным за государственное жилье и эксплуатацию в Турции. Трибунал установил, что ТОКИ мог осуществлять определенный контроль над Emlak для реализации элементов конкретной государственной цели. В той степени, в которой ТОКИ осуществлял такой правительственный контроль в конкретных случаях для достижения определенного результата, действия Emlak могут быть присвоены государству⁴². Однако трибунал указал, что необходимо определить, контролировал ли ТОКИ траст Emlak именно в отношении конкретной деятельности по исполнению контракта с совместным предприятием Tulip⁴³. Проанализировав доказательства по делу, трибунал пришел к выводу, что, хотя Emlak находился под контролем ТОКИ, в отношении совместного предприятия

³⁷ *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 190.

³⁸ *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 250.

³⁹ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28 (10 March 2014), Award, para. 303.

⁴⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc A/56/10 (2001). P. 48.

⁴¹ *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 213.

⁴² *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 308.

⁴³ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 309.

Emlak руководствовался исключительно своими коммерческими интересами. Следовательно, действия Emlak не могут быть присвоены государству согласно ст. 8 Статей КМП⁴⁴.

Заключение

По итогам анализа практики международных инвестиционных трибуналов можно сделать следующие выводы. Во-первых, несмотря на государственную собственность и государственный контроль, государственные компании способны осуществлять чисто коммерческую деятельность, как и предприятия, находящиеся в частной собственности. Следовательно, защита, предоставляемая МИС (в том числе их положения о возможности обращения в международный инвестиционный арбитраж), в любом случае должна быть доступна для государственных компаний, когда они действуют в своем коммерческом качестве. Во-вторых, даже если государственные компании выполняют некоммерческие функции по указанию государства, это не приводит к автоматическому выводу о том, что государственные компании не имеют права инициировать арбитражное разбирательство против государства. Для того чтобы трибунал отказал в установлении своей компетенции на рассмотрение требований государственной компании, необходимо доказать: 1) что именно те действия государственной компании, которые относятся к ее требованию в арбитраже, являются государственными по своей природе; или 2) наличие указаний, руководства или контроля государства касательно действий государственной компании, которые относятся к ее требованию в арбитраже.

Для определения наличия у государственной компании права инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС, предлагается применять следующий алгоритм:

- 1) Необходимо проанализировать положения МИС на предмет ограничений для распространения статуса инвестора на государственную компанию. Если толкование положений МИС прямо свидетельствует о том, что государственная компания не может выступать в качестве инвестора, у государственной компании нет права инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС.
- 2) В случае отсутствия ограничений в п. 1 выше необходимо определить, является ли государственная компания лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти. Для этого нужно установить:
 - находится ли компания в государственной собственности или контролируется, прямо или косвенно, государством;
 - является ли ее целью выполнение государственных функций, которые по своей природе обычно не выполняются частными лицами.

В случае отрицательного ответа на один или два вопроса выше государственная компания имеет право инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС.

- 1) В случае положительных ответов на оба вопроса в п. 2 выше необходимо установить, являются ли действия государственной компании, в отношении которых она заявила требования в арбитраже, результатом реализации государственной власти. Если ответ и на этот вопрос будет положительным, действия компании должны быть присвоены государству, а значит, у государственной компании нет права на подачу иска в МЦУИС.
- 2) В случае если действия государственной компании, в отношении которых она заявила требования в арбитраже, не являются результатом реализации государственной власти, необходимо применить дополнительный тест — установить, находится ли государственная компания под руководством или контролем государства непосредственно в отношении требований, которые она заявила в арбитраже. В случае положительного ответа действия государственной компании должны быть присвоены государству, а значит, у государственной компании нет права на подачу иска в МЦУИС.

Литература

1. *Боклан Д. С., Боклан О. С., Смбалян А. С.* Значение Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния для защиты интересов сторон при разрешении споров в рамках ВТО. *Международное правосудие*, 2016. № 4. С. 99–113.
2. *Broches A.* Selected Essays. World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law, 1995. P. 201–202.
3. *Cortesi G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 108–138.
4. *Du M.* The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 785–815.
5. *Feldman M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. *ICSID Review [Obzor MCIUS]*. 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35.

⁴⁴ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 326.

6. *Mohtashami R., El-Hosseny F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3, Iss. 2. P. 371–388.
7. *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact-Finding Survey, *OECD Working Papers on International Investment*. 2015/01. P. 3–22.

References

1. *Boklan, D. S., Boklan, O. S., Smbatyan, A. S.* Relevance of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts for Legal Defense in WTO Dispute Settlement Mechanism [Znachenie Statej ob otvetstvennosti gosudarstv za mezhdunarodno-protivopravnye dejaniya dlja zashhity interesov storon pri razreshenii sporov v ramkah VTO]. *International Justice [Mezhdunarodnoe pravosudie]*. 2016. No. 4. P. 99–113. (In Rus.)
2. *Broches, A.* Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, 1995. P. 201–202.
3. *Cortesi, G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 108–138.
4. *Du, M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 785–815.
5. *Feldman, M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. *ICSID Review*. Vol. 31, No. 1, 2016. P. 24–35.
6. *Mohtashami, R., El-Hosseny, F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3. Iss. 2. P. 371–388.
7. *Shima, Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact-Finding Survey, *OECD Working Papers on International Investment*. 2015/01. P. 3–22.

Понятие справедливости как философско-правовая мифологема

Фурман Феликс Павлович, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Санкт-Петербург, Российская Федерация)
доктор философских наук, профессор кафедры правоведения; e-mail: furman-fp@ranepa.ru.

Аннотация

В статье рассматривается проблематика правовых ценностей, сформировавшихся на разных исторических этапах и в разных государствах, но имеющих как общие закономерности, так и особенности, обусловленные уровнем социально-политического, экономического, духовно-культурного, морально-нравственного развития, сформированности демократических институтов власти, гражданского общества и правового государства. Обобщенно сформулировано комплексное понимание процесса формирования правовой жизни и правового поля в обществе и государстве. Проанализированы существующие подходы к пониманию процесса правового регулирования и их оценка в общей системе правовых ценностей через призму такого философско-правового феномена, как справедливость.

Ключевые слова: субъективные ценности, правовая справедливость, универсальные ценности, философско-правовая мифологема.

The Notion of Justice as a Philosophical-Legal Mythologem

Felix P. Furman, North-Western Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russian Federation)
Doctor of Sciences (Philosophy), Professor of the Department of Law; e-mail: furman-fp@ranepa.ru.

Abstract

In the article the problematics of formation of legal values, formed in different historical stages and in different states, but having both general regularities and the features conditioned by the level of socio-political, economic, spiritual-cultural, moral development, development of democratic institutions of power, civil society and the rule of law are considered. The complex understanding of the process of formation of legal life and legal field in society and state is generalized and formulated. We analyze the existing approaches to the understanding of the process of legal regulation and their evaluation in the general system of legal values through the prism of such philosophical and legal phenomenon as justice.

Keywords: subjective values, legal justice, universal values, philosophical-legal mythologeme.

Введение

Одной из актуальных проблем современного философско-правового знания выступают вопросы, связанные с природой и спецификой правовых ценностей¹.

Неоднозначность и сложность правовых ценностей как объекта научной заинтересованности способствуют формированию полицентрических и плюралистических концепций, посвященных данной проблематике. Ценности в правоведении, в отличие от философского, культурологического, социологического и психологического их исследования, заняли ведущее место в юридических науках только со второй половины XX в. На современном этапе развития общественных наук правовые ценности находятся в фокусе внимания представителей философии права, истории, культурологии, социальной философии и юридической науки (правовые ценности исследуют как отечественные, так и зарубежные ученые теоретико-исторических, отраслевых и прикладных юридических наук).

В правоведческих студиях проблема правовых ценностей преимущественно представлена разработками по месту и роли ценностей в праве и их закреплению в положениях отраслевого права. В то же время философско-правовой аспект проблемы дуальной природы правовых ценностей (правовые ценности-идеалы и правовые цен-

¹ См., например: Лапаева В. В. Соотношение права и справедливости в либертарно-юридической теории В. С. Нерсесянца. Труды Института государства и права Российской академии наук, 2018. № 13. С. 9–36.

ности-компромиссы) сегодня недостаточно проработан, что и обусловило необходимость проведения подобного исследования.

Изложение основного материала исследования

Статус универсальности (в теоретическом измерении) права человека черпают из XVII–XVIII вв., он вытекал из философско-правовых наработок нововременных философов права и политической теории либерализма, которые в значительной степени имеют истоки в исповедовании естественно-правового мышления: нормы естественного права, имея максимально широкое, универсальное значение, адресованное всем без исключения правоспособным субъектам, призывают руководствоваться сформулированными в них предписаниями, поскольку те отвечают требованиям высшей, абсолютной справедливости. Или требования категоричны в том понимании, что не оставляют возможности для сомнений и колебаний. Они гарантируют индивидуальному правосознанию высшую правоту, если ее владелец будет действовать в надлежащем направлении.

Естественно-правовые императивы носят сверхличный характер. Но их сверхличность не имеет явно выраженного социогенного характера, как, например, в нормах положительного права со сверхличным авторитетом стоящего за ними государства. Она сверхфизическая, метафизическая, то есть апеллирует к высшим первоначалам бытия и в них черпает уверенность в собственной правоте, в необходимости ее отстаивать, а также энергию и свободу для соответствующих усилий.

В рамках социально-философского знания понятие «ценность» является базовой составляющей частью для анализа качественных аспектов социокультурных процессов. Также в философии выделяются два вида ценностей: субъективные и объективные. Субъективные ценности представлены в форме нормативных представлений, к которым мы относим установки, оценки, императивы и запреты. Объективные же ценности представляют сопоставление истины и неистины, запрещенного, справедливого и несправедливого².

Основными наработками в сфере аксиологии права являются труды В. С. Нерсесянца, который отстаивал идею обособленного существования правовых ценностей. По его мнению, в пределах права и государства не применяются общие ценности философско-нравственного порядка. Право и государство являются контекстом для формирования собственных ценностей, которые в дальнейшем находят применение в различных сферах общественной жизни, в частности имея в виду, что справедливость — категория и характеристика правовая, а не неправовая (нравственная, религиозная и т. п.), больше того, только право и справедливо.

Признавая авторитет В. С. Нерсесянца в постсоветском правоведеии, все же нельзя окончательно согласиться с такой постановкой проблемы. Во-первых, что подразумевается под правом в этом контексте. Речь идет о конкретном виде права или об идее права; во-вторых, автор, признавая автономность правовых ценностей, открывает право от однопорядковых социальных феноменов и других регулятивных механизмов социума; в-третьих, с такой точки зрения право не является частью культуры. Объяснение такой позиции можно найти, четко сориентировавшись в современном состоянии обществоведения, которое со второй половины XIX в. переживает серьезный кризис, потому что декларативно все обществоведческие дисциплины (к которым относится и правоведеие) исследуют общество, но фактически каждая из них занята только своим предметом, то есть выделяют только один из аспектов социального бытия человека, и очень часто не затрагивают проблемы общества и человека.

По своему логическому статусу ценности является диспозитивным свойством конкретного отношения, а это значит, что ценность является всегда свойством отношения, а не вещи; отношение всегда ситуативное — оно включено в конкретную ситуацию, которая изменчива, а потому зависит от нее.

Современная философия признает взаимодействие и взаимозависимость однопорядковых явлений. Право является одной из составляющих социальной системы.

Неучет диалектических взаимосвязей права и других явлений социально-духовной жизни общества приводит к обеднению правовой аксиологии как раздела философско-правового знания. Говорить сегодня об автономных правовых ценностях как присущих человечеству можно только при условии, что человечество преодолело локально-культурные разногласия и приняло универсальную систему правовых ценностей.

Правовые ценности являются развитием и конкретизацией принципа справедливости, имеющей сегодня статус социокультурного принципа. В пределах правовой аксиологии это означает, что принцип справедливости приобретает собственную специфическую форму и осуществляет регуляцию соотношения прав и обязанностей субъектов права. Сомнения вызывает и признание особой роли формального равенства в праве. То или иное соотношение равенства и неравенства, свободы и ее ограничений (несвободы) всегда подчинено не только рационально найденной степени, но и чувству справедливости как неотъемлемой части духовного бытия, как личности, так и общества. Именно из осознания этого чувства выросло право как таковое³.

² *Елишев С. О.* Теоретико-методологические подходы к изучению понятий «ценность», «ценностные ориентации». Вестник Моск. ун-та. Серия 18. Социология и политология. 2010. № 3. С. 74–90.

³ *Дудукалов В. М.* Соотношение социального неравенства и социальной справедливости. Наукосфера, 2021. № 6. С. 32–34.

Следует отметить, что отечественное правоведение на современном этапе развития характеризуется оживлением интереса к вопросам правовых ценностей на уровне диссертационных исследований. Актуальными являются вопросы правовых ценностей и их аспектов существования, реализации, поддержки и формирования, они присутствуют как в сфере философии права, так и в теории права⁴.

Поскольку правовые ценности-идеалы являются конкретизацией общечеловеческих, универсальных ценностей в праве, то в рамках данной статьи универсальные ценности рассматриваются как синоним ценности-цели, а прикладные — как ценности средства или инструментальные ценности.

Универсальные ценности потому и являются универсальными, поскольку не могут принадлежать одной сфере духовной жизни. То есть универсальными ценностями являются такие ценности, которые проявляются во всех сферах человеческой жизни, а затем имеют мировоззренческий характер.

Таким образом, универсальные ценности — это ценности, в которых органично сочетается нравственный, религиозный, правовой и культурный аспекты. К вечным ценностям можно отнести, пожалуй, только справедливость (и близкую к ней добродетель), общее благо (благополучие как его вариант), и с ними очень тесно связаны порядок и безопасность. Проблема только в том, что в разные эпохи и даже в одну и ту же эпоху разными группами и людьми они, как и большинство других ценностей, понимаются по-разному.

Универсальные ценности выявляются и конкретизируются во всех сферах общественной и личной жизни. Наличие этих универсальных ценностей в праве обеспечивает почву для правовой регуляции, легитимации именно этой системы права в пределах конкретного общества. Кроме того, универсальные ценности и определяют качество права и указывают на то, каким оно должно быть. Такими универсальными ценностями являются справедливость, свобода и равенство. Главной чертой таковых в праве является то, что они предстают в виде идеала или цели, но при этом не предполагают механизм воплощения собственных требований⁵.

Кроме государства и права, есть и специальные правовые ценности, обеспечивающие определенные отдельные аспекты государства и права: равенство, права человека, демократизм, законность, презумпция невиновности и т. д. Они являются правовой формой таких универсальных ценностей, как свобода, справедливость, равенство и т. д.

Если говорить об универсальных правовых ценностях, в частности о свободе, справедливости и равенстве, то они являются наиболее общими идеями, имеющими статус ориентира и объекта постоянного стремления к их достижению, но в силу высокой степени обобщения их невозможно воплотить в реальной жизни. С таких позиций свобода, равенство и справедливость рассматриваются в философских системах Платона и Канта. Идея-идеал Платона является метарациональной конструкцией и не зависит от волевых воздействий людей, она является примером для подражания и стимулом для усовершенствования⁶.

Одной из интересных технологий применения платоновского учения идеи-идеала по поводу права является концепция Л. Лакамбры. Так, немецкий философ права сосредотачивает свое внимание на справедливости-идеале в праве и доказывает, что в каждом учении о праве можно выявить критерий справедливости, который находится вне права, поскольку она (справедливость) является «конститутивным принципом права, а значит, право является «взглядом от справедливости». Справедливость имеет собственную логическую структуру, пронизывающую каждое право, независимо от того, насколько оно дистанцированное от «абсолютной идеи справедливости». Справедливость «становится в праве логической схемой и сама по себе является тем же, что и право»⁷.

Концепция справедливости в праве Л. Лакамбры была типичной для XX в., поскольку в ней просматривается идея покорения положительного права человека и основы человеческого сосуществования, выражающиеся в переходе от «справедливости под правом» к «праву под справедливостью». Для Л. Лакамбры право является попыткой осуществить справедливость, а идеалы справедливости, представления о которых присущи разным правовым системам, только подтверждают тот факт, что существуют определенные социальные масштабы, которые и подтверждают правильность существования идеалов. Но Л. Лакамбра указывает и на то, «что любое право несправедливо, принимая во внимание тот факт, что идеал, желающий реализовать каждое право, не совпадает с идеей справедливости, которая носит трансцендентный характер. Только условно можно говорить о справедливости, поскольку в полном объеме она никогда не может быть достигнута».

Идеал справедливости всегда является более совершенным по сравнению с его воплощением. Л. Лакамбра указывает на несоответствие действительности духовной модели права, а потому любое право несправедливо, поскольку оно не может осуществить справедливость путем установления общего масштаба, применяя общую схему ко всем случаям, которые часто произвольно объединяются. Поэтому право может быть справедливым через несправедливость.

⁴ Павлов В. И. Личность в праве в процессе реализации правовых ценностей с позиции антропологической концепции права. Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 44–50.

⁵ Павлов В. И. Личность в праве в процессе реализации правовых ценностей с позиции антропологической концепции права. Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 44–50.

⁶ Тимохина М. И. Философское учение о справедливости и его связь с принципом справедливости в уголовном праве. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2020. № 10. С. 78–80.

⁷ Lacambra L. Rechtsphilosophie. Berlin, 1965. P. 336.

Выводы

В статье проанализированы основные аксиологические концепции, имеющие отношение к теме, указанной как цель данного исследования, и концептуальные основы правовой аксиологии как органической составляющей современного философско-правового знания.

Выяснено, что современное состояние исследования правовых ценностей носит разноаспектный характер и осуществляется в пределах философских, правовых и отраслевых наук.

Рассмотрен вопрос об отличии классического и неклассического научного идеала, являющегося основополагающим ориентиром для проведения научных исследований; особенностей природного и гуманитарного (разновидностью которого является философско-правовое) знания.

Выделены основные характеристики современного философско-правового знания: человекоориентированность, диалогичность, культурная обусловленность и справедливость.

Особое внимание уделено дуальной природе правовых ценностей, которые одновременно могут быть как ценностями-идеалами, так и ценностями-компромиссами. Доказано, что правовые ценности-идеалы относятся к сфере желаемого и являются ориентирами в конструировании социального мира, а правовые ценности-компромиссы являются составной частью мира сущего и через должное, в форме правовых норм, являются социальным кодом конкретного общества. Также правовые ценности-компромиссы выполняют техническую функцию в организации, стратификации и иерархизации общества, имеющих разработанный механизм обеспечения и временно-пространственную ограниченность.

Раскрыты вопросы универсальных правовых ценностей, доказано, что универсальными могут быть только такие правовые ценности, которые априорны для человечества, каковой является, в первую очередь, справедливость.

Литература

1. *Дудукалов В. М.* Соотношение социального неравенства и социальной справедливости. *НаукаСфера*, 2021. № 6. С. 32–34.
2. *Елишев С. О.* Теоретико-методологические подходы к изучению понятий «ценность», «ценностные ориентации». *Вестник Моск. ун-та. Серия 18. Социология и политология*. 2010. № 3. С. 74–90.
3. *Лапаева В. В.* Соотношение права и справедливости в либертарно-юридической теории В. С. Нерсисянца. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2018. № 13. С. 9–36.
4. *Павлов В. И.* Личность в праве в процессе реализации правовых ценностей с позиции антропологической концепции права. *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2018. № 2. С. 44–50.
5. *Тимохина М. И.* Философское учение о справедливости и его связь с принципом справедливости в уголовном праве. *Международный журнал гуманитарных и естественных наук*, 2020. № 10. С. 78–80.
6. *Lacambra L.* Rechtsphilosophie. Berlin, 1965. P. 336.

References

1. Dudukalov, V. M. Correlation of social inequality and social justice [Sootnoshenie social'nogo neravenstva i social'noj spravedlivosti]. *Sciencesphere [Naukosfera]*. 2021. No. 6. P. 32–34. (In Rus.)
2. Elishev, S. O. Theoretical and methodological approaches to the study of the concepts of "value", "value orientations" [Teoretiko-metodologicheskie podhody k izucheniju ponjatij "cennost", "cennostnye orientacii"]. *Vestnik Moscow University Series. Sociology and political science [Vestnik Mosk. un-ta. Serija 18. Sociologija i politologija]*. 2010. No. 3. P. 74–90. (In Rus.)
3. Lapaeva, V. V. Correlation between law and justice in the libertarian legal theory of V. S. Nersesyants [Sootnoshenie prava i spravedlivosti v libertarno-juridicheskoy teorii V. S. Nersesjanca]. *Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences [Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossijskoj akademii nauk]*. 2018. No. 13. P. 9–36. (In Rus.)
4. Pavlov, V. I. Personality in law in the process of realizing legal values from the standpoint of the anthropological concept of law [Lichnost' v prave v processe realizacii pravovyh cennostej s pozicii antropologicheskoy koncepcii prava]. *Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Juridicheskaja nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoj akademii MVD Rossii]*. 2018. No. 2. P. 44–50. (In Rus.)
5. Timokhina, M. I. Philosophical doctrine of justice and its connection with the principle of justice in criminal law [Filosofskoe uchenie o spravedlivosti i ego svjaz' s principom spravedlivosti v ugovolnom prave]. *International Journal of Humanities and Natural Sciences [Mezhdunarodnyj zhurnal gumanitarnyh i estestvennyh nauk]*. 2020. No. 10. P. 78–80. (In Rus.)
6. Lacambra, L. *Rechtsphilosophie*. Berlin, 1965. P. 336.

Социально-правовая обусловленность уголовных запретов в сфере государственной регистрации гражданских прав

Григорьев Павел Александрович, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: pav96gri@yandex.ru.

Аннотация

В статье исследуются социально-правовые основания уголовно-правовых запретов в области государственной регистрации прав на недвижимое имущество и корпоративных прав. На основе анализа бланкетных норм уголовного закона и норм отраслевого законодательства оценивается общественная опасность искажения сведений, включаемых в государственные реестры. Делается вывод о том, что в настоящее время защищенность общественных отношений в сфере государственной регистрации обеспечивается уголовным законом в совокупности с нормами административного и гражданского права.

Ключевые слова: государственная регистрация, криминализация, реестр, фальсификация, экономическое преступление.

Socially-Legal Conditionality of Criminal Law Prohibitions in the Field of State Registration of Civil Rights

Pavel A. Grigorev, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student; e-mail: pav96gri@yandex.ru.

Abstract

The article contains the research on social and legal foundations of criminal law prohibitions related to the field of state registration of corporate rights and real estate rights. A public wrongfulness of falsification of public registry is evaluated through analyzing blanket norms of criminal law and norms of sector-specific laws. The conclusion is made that nowadays a protection of order in the field of state registration of rights is provided by criminal law in conjunction with administrative and civil law.

Keywords: criminalization, economic-related crime, falsification, registry, state registration.

В действующем уголовном законодательстве России установлен ряд уголовно-правовых запретов, направленных на защиту института государственной регистрации гражданских прав — прав на недвижимость и корпоративных прав. Так, действующий Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ¹ (далее — УК РФ) содержит нормы, направленные на запрет внесения недостоверных записей в государственные реестры — Единый государственный реестр недвижимости (далее — ЕГРН) и Единый государственный реестр юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ). Все рассматриваемые нормы, кроме положений ст. 285.3 «Внесение в единые государственные реестры заведомо недостоверных сведений», закреплены в гл. 22 УК РФ и охраняют отношения в сфере осуществления экономической деятельности².

В диспозициях данных норм государственный реестр упоминается в тексте и выступает элементом объективной стороны преступления: через воздействие на содержимое реестра субъектом преступления осуществляется противоправная деятельность, нарушающая режим зарегистрированных прав. При этом справедливым будет утверждение, что в рассматриваемой сфере публично-правовые, императивные нормы уголовного закона охраняют общественные отношения, которые всецело основаны на автономии воли и регулируются нормами частного права³.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 05.04.2021). СЗ РФ, 1996. № 25. Ст. 2954.

² Это следующие преступления: ст. 170 «Регистрация незаконных сделок с недвижимым имуществом»; ст. 170.1 «Фальсификация единого государственного реестра юридических лиц, реестра владельцев ценных бумаг или системы депозитарного учета»; ст. 170.2 «Внесение заведомо ложных сведений в межевой план, технический план, акт обследования, проект межевания земельного участка или земельных участков либо карту-план территории»; ст. 173.1 «Незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица»; ст. 173.2 «Незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица».

³ Речь идет о гражданско-правовом регулировании оборота недвижимости и корпоративных отношений. Далее будет показана взаимосвязь бланкетных норм УК РФ с нормами отраслевого законодательства.

В сфере регистрации прав на недвижимое имущество возможно выделить несколько основных форм общественно опасного поведения. Во-первых, это регистрация заведомо незаконных сделок с недвижимым имуществом, умышленное искажение сведений ЕГРН и занижение кадастровой стоимости объектов недвижимости (ст. 170 УК РФ). Во-вторых, речь идет о манипуляциях с документами технического учета в области земельных правоотношений (ст. 170.2 УК РФ), на основе которых могут вноситься те или иные сведения в ЕГРН. Поскольку фальсификация перечисленных в ст. 170.2 документов в ряде случаев может повлиять непосредственно на содержимое ЕГРН, описанные в диспозиции ст. 170.2 УК РФ деяния рассматриваются как деяния, посягающие на целостность и неприкосновенность сведений ЕГРН. Третий случай описан в ст. 285.3 УК РФ, устанавливающей уголовную ответственность за должностное преступление в форме внесения недостоверных сведений в государственные реестры. В диспозиции ст. 285.3 УК РФ не уточняется, какие именно государственные реестры могут искажаться, из чего можно сделать вывод, что законодатель имеет в виду любые публичные реестры, включая и ЕГРН.

В сфере регистрации корпоративных прав общественно опасное воздействие на регистрационную систему осуществляется тоже через разные действия. Во-первых, это представление в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц (Федеральная налоговая служба России⁴), документов, содержащих заведомо ложные данные (ч. 1 ст. 170.1. УК РФ). Во-вторых, это может быть представление в ФНС России данных о подставных лицах при образовании юридического лица (ч. 1 ст. 173.1. УК РФ). В-третьих, речь идет и о незаконном использовании документов при создании юридического лица в форме выдачи доверенности и/или предоставления документа, удостоверяющего личность (ст. 173.2. УК РФ). Наконец, четвертый вариант состоит в активной роли государственных служащих, которые могут вносить в ЕГРЮЛ недостоверные сведения (ст. 285.3. УК РФ).

Само по себе существование в уголовном законодательстве тех или иных уголовно-правовых запретов не есть результат произвольных и необоснованных законотворческих действий. Онтологически каждый уголовно-правовой запрет в определенной сфере общественных отношений (включая и такую многогранную сферу, какой является экономическая деятельность) имеет вполне конкретные основания и причины установления. Еще в ранних работах по этой теме отмечалось существование предпосылок криминализации тех явлений социальной реальности, которые приводят в движение процесс легальной криминализации общественно опасных действий⁵. А. И. Коробеев справедливо отмечает, что уголовный закон социально обусловлен, он продуцируется реальными потребностями общества⁶. Конечно, в виде исключений возможны и ситуации, когда запреты вводятся в результате усилий лоббистов, вследствие действия резонанса как криминализационного повода и в результате иных нестандартных для нормотворчества причин. Маловероятно, что такого рода причины играли решающую роль при установлении исследуемых запретов, что будет продемонстрировано далее.

Проанализировать социально-правовую обусловленность введения уголовных запретов возможно в рамках теории криминализации (декриминализации) деяний. Важно отметить, что в отечественной юриспруденции до настоящего времени не сформировался единый подход к определению криминализации, однако сложилось два содержательно различных взгляда на данное явление — криминологический и уголовно-правовой. Указанную дихотомию наглядно описывает Н. В. Баландина, которая предлагает выделять криминализацию общества (или общественных отношений) и криминализацию деяний. Под криминализацией общественных отношений понимается процесс увеличения (роста) количества совершаемых правонарушений, а также его результат⁷. И. М. Клейменов приходит к аналогичному выводу о двойственном использовании термина «криминализация», отмечая, что рассматриваемое понятие чаще всего используется в уголовно-правовом смысле — как процесс выявления общественно опасных форм поведения, признания допустимости, возможности и целесообразности уголовно-правовой борьбы с ними и фиксации их в законе в качестве преступных и уголовно наказуемых. Криминализация в криминологическом смысле трактуется И. М. Клейменовым как процесс проникновения преступности в ткань общественных отношений⁸. Для объяснения социально-правовой обусловленности норм УК РФ термин «криминализация» может быть применен только в его уголовно-правовой трактовке.

Одно из уголовно-правовых определений криминализации было предложено А. Д. Нечаевым. Ученый указывает, что в виде уголовно-политического метода криминализация (декриминализация) деяния — это процесс и результат установления (устранения) уголовно-правового запрета⁹. С подобным определением трудно не согласиться,

⁴ Далее — ФНС России.

⁵ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М.: Наука, 1982. С. 202.

⁶ Коробеев А. И. Уголовно-правовая политика России: от генезиса до кризиса : монография. М.: Юрлитинформ, 2019. С. 23.

⁷ Баландина Н. В. Криминализация общественных отношений: теоретико-правовое исследование : монография. М.: Перо, 2011. С. 26.

⁸ Клейменов И. М. Сравнительная криминология: криминализация, преступность, развитие уголовной политики в условиях глобализации : монография. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 6–7.

⁹ Нечаев А. Д. Концептуальные основы криминализации и декриминализации деяний : монография / под ред. д-р юрид. наук, проф. Н. А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2018. С. 42.

и невозможно не отметить его очевидное достоинство в виде лаконичности и исчерпывающего характера, поскольку А. Д. Нечаев учел неразрывность криминализации с уголовной политикой и объяснил данный процесс через связь с понятием уголовно-правового запрета.

В теории уголовного права выработано множество самых разнообразных подходов к основаниям криминализации, и такое многообразие научных взглядов привело к очевидной проблеме полифонии терминов. Еще одной проблемой, вытекающей из разнообразия авторских концепций, представляется неясность относительно определенного количества оснований для признания деяния преступлением. Теоретиками применяются термины «критерии криминализации», «детерминанты криминализации», «истоки уголовно-правовых запретов» и иные, предлагаются многоуровневые и разнопорядковые модели. В сущности, каждая предлагаемая система оснований криминализации является авторской теоретической концепцией, отличающейся от остальных скорее номинально и по форме, чем содержательно.

Например, в недавней работе И. Я. Козаченко и Д. Н. Сергеева указывается, что под основанием криминализации в российской уголовно-правовой доктрине преимущественно понимается общественная опасность деяния в той или иной степени¹⁰.

Э. Л. Сидоренко прямо констатирует, что условность термина «криминализация деяния» порождает споры относительно ее пределов и оснований. В предлагаемой Э. Л. Сидоренко системе оснований две главные группы критериев криминализации деяний: 1) внешние системные требования, включающие юридико-криминологические условия, социально-экономическое требование и социально-психологическое требование; 2) внутрисистемные условия криминализации, в числе которых соответствие криминообразующих обстоятельств нормам других отраслей права, внутриотраслевая согласованность признаков и формулирование обстоятельств в соответствии с правилами юридической техники. При этом Э. Л. Сидоренко полагает характер общественной опасности основным критерием криминализации¹¹.

А. Д. Нечаев предлагает рассматривать причинность криминализации (декриминализации) через систему так называемых детерминант, включающую поводы, основания и факторы (причины и условия) криминализации. Собственно, основание криминализации трактуется автором как наличие совокупности достаточного уровня общественной опасности деяния, в отношении которого предлагается установить уголовно-правовой запрет, и адекватности уголовно-правового запрета существующей системе общественных отношений¹².

Еще одна теоретическая система была разработана и предложена С. А. Маркунцовым в рамках теории уголовно-правового запрета. Ученый вводит понятие «истоки уголовно-правового запрета»; при этом отмечается, что к таким истокам (основаниям) разные ученые относят различное количество факторов (обстоятельств). С. А. Маркунцовым предложена двухзвенная система истоков уголовно-правового запрета: 1) истоки, обусловленные общественными потребностями или иными сугубо социальными факторами; 2) истоки, обусловленные или опосредованные государственно-властными отношениями¹³.

Д. А. Дорогин и И. А. Соколов в своем исследовании, посвященном вопросам противодействия незаконному захвату юридических лиц (в том числе и захвату предприятий через фальсификацию публичных реестров), предлагают свою систему оснований криминализации рейдерских составов преступлений. Авторами предложено выделять три группы оснований криминализации рейдерства: юридико-криминологические, социально-экономические и социально-психологические (уровень общественного правосознания и психологии; исторические традиции)¹⁴.

Т. В. Семенов, рассматривая проблематику социальной обусловленности уголовно-правовых запретов, выраженных в ст. 170.1 и ст. 285.3 УК РФ, приходит к выводу, что при установлении уголовно-правовых запретов одна из проблем заключается в определении количества факторов, оказывающих реальное влияние на этот процесс. Сам исследователь предложил семь факторов, поставив на первые места степень общественной опасности деяния и его распространенность¹⁵.

Н. Г. Иванов критически оценивает любые попытки выстроить систему оснований криминализации. Ученый указывает, что поводы и принципы криминализации разрабатывались исследователями достаточно активно, несмотря на то что в вопросе разграничения преступного и непроступного они «потерпели фиаско». По мнению Н. Г. Иванова, выделяемые в литературе основания криминализации чаще всего выступают в качестве оригинальных интерпретаций признака общественной опасности поведенческого акта; они недостаточно корректны, а следовательно, не

¹⁰ Козаченко И. Я., Сергеев Д. Н. Новая криминализация: философско-юридический путеводитель по миру преступного и непроступного. Екатеринбург: SAPIENTIA, 2020. С. 82.

¹¹ Криминализация и декриминализация как формы преобразования уголовного законодательства: монография / В. П. Кашепов и др.; отв. ред. В. П. Кашепов. М.: ИЗИСП при Правительстве РФ, Юридическая фирма «Контракт», 2018. С. 124–125.

¹² Нечаев А. Д. Указ. соч. С. 64.

¹³ Маркунцов С. А. Теория уголовно-правового запрета: монография. М.: Юриспруденция, 2015. С. 174.

¹⁴ Соколов И. А., Дорогин Д. А. Уголовно-правовой механизм противодействия незаконному захвату юридических лиц (рейдерству): монография. М.: Юрлитинформ, 2017. С. 80–90.

¹⁵ Семенов Т. В. Социальная обусловленность уголовно-правовых запретов на фальсификацию Единого государственного реестра юридических лиц. Российский следователь, 2016. № 12. С. 35.

могут служить в качестве повода либо вписываются в такой универсальный повод, как общественная опасность, в связи с чем их выделение оказывается бессмысленным¹⁶.

Н. А. Лопашенко приходит к выводу обобщающего характера: криминализация отклоняющегося экономического поведения показана лишь в тех ситуациях, когда поведение является общественно опасным настолько, что необходимо установление уголовной ответственности за него, а воздействовать иными мерами невозможно. По мнению Н. А. Лопашенко, основание криминализации в сфере экономической деятельности — это существование в ней такого поведения, которое причиняет или способно причинить существенный вред интересам, охраняемым уголовным законом в сфере экономической деятельности¹⁷.

Кратко, но убедительно систему оснований криминализации рассматриваемых преступлений объясняет Е. В. Валласк. По мнению исследователя, криминализация обусловлена рядом факторов, в их числе общественная опасность деяний, выражающаяся в виде особо крупного размера причиняемого вреда и распространенности деяния¹⁸.

И. В. Шишко в качестве дополнительного и самостоятельного основания криминализации деяний, специфического для сферы экономики, предлагает рассматривать рассогласование (несоответствие) уголовно-правовых и регулятивных норм¹⁹. С подобным выводом И. В. Шишко трудно не согласиться, поскольку известно, что свойство бланкетности экономических составов преступлений в настоящее время в теории общепризнано и считается одной из отличительных характеристик гл. 22 УК РФ²⁰.

В зарубежной доктрине тоже предлагаются различные объяснения причинности установления уголовно-правовых запретов. Английские теоретики однозначно не разделяют основания и принципы криминализации как самостоятельные теоретические категории, называя их единым термином *principles*. Дж. Кейлер и Д. Руф указывают, что для криминализации в государствах общего права вроде Англии и Уэльса применяется подход, основанный на системе принципов криминализации. Наибольшую важность играет принцип автономии субъекта (*principal of individual autonomy*) и принцип вреда (*harm principle*)²¹. Последний по своему наполнению, включающему причинение вреда (*harmfulness*), противоправность (*wrongfulness*) и антиобщественную направленность (*public wrongs*)²², весьма близок к толкованию общественной опасности деяния в российской доктрине. По мнению Дж. Херринга, среди предлагаемых теоретиками оснований-принципов криминализации наиболее важны три: принцип автономности, принцип вреда, принцип практической применимости уголовно-правового запрета²³.

Стоит отметить, что в начале 1980-х гг., когда отечественная теория криминализации (декриминализации) только зарождалась, советскими учеными выдвигались аналогичные идеи о принципах криминализации наравне с идеями об основаниях и о поводах криминализации как об автономных категориях. Трактуют принципы криминализации как «наиболее абстрактный и общий уровень научного обеспечения и обоснования уголовного нормотворчества», советские ученые выделяли следующие их виды: социальные и социально-психологические (принцип общественной опасности, принцип относительной распространенности и т. д.), системно-правовые (принцип конституционной адекватности, принцип системно-правовой непротиворечивости и т. д.)²⁴. Кроме идеально-теоретических принципов учеными описывались также материально-фактические основания и поводы криминализации.

Учитывая неоднородность общественных отношений, крайне сложную организацию экономической деятельности и теоретическую неопределенность (которой, полагаем, не может быть в этом вопросе в настоящее время), следует остановиться на том, что общественная опасность представляется фундаментальным основанием для установления уголовно-правовых запретов, включая и запреты в сфере государственной регистрации корпоративных и имущественных прав.

При этом на уровне здравого смысла предполагается, что в законотворческой практике на стадии инициирования и формулирования нового уголовно-правового запрета субъект законодательной инициативы обязан объяснить обществу необходимость и важность соответствующих новелл. В рамках российской законотворческой практики основания криминализации должны раскрываться в пояснительных записках к законопроектам и излагаться в виде некоторой апологии предлагаемых нововведений. Не будет преувеличением утверждать, что в настоящее время пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в УК РФ» фактически является един-

¹⁶ *Иванов Н. Г.* Общественная опасность деяния как онтологическая основа криминализации : монография. М.: Проспект, 2017. С. 68–69.

¹⁷ *Лопашенко Н. А.* Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ : монография. В 2 ч. Ч. I. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 239.

¹⁸ *Валласк Е. В.* Противодействие корпоративным захватам предприятий уголовно-правовыми средствами: анализ новелл законодательства. Юрист, 2012. № 6. С. 9.

¹⁹ *Шишко И. В.* Экономические правонарушения: вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 197–198.

²⁰ *Лопашенко Н. А.* Указ. соч. С. 93.

²¹ *Comparative Concepts of Criminal Law.* Ed. by J. Keiler, D. Roef. 3rd ed. Cambridge: Intersentia Ltd., 2019. P. 36.

²² *Op. cit.* P. 48–60.

²³ *Herring J.* *Criminal Law: Text, Cases, and Materials.* Oxford University Press, 2004. P. 19–32.

²⁴ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М.: Наука, 1982. С. 209–210.

ственным официальным аутентичным документом, в котором может быть раскрыта мотивация субъекта уголовно-законодательской инициативы. К сожалению, ознакомление с такими пояснительными записками не позволяет найти ответ на вопрос об основаниях криминализации, так как эти документы являются чрезвычайно короткими и формальными, не говоря уже об отсутствии в них какого-либо теоретического объяснения. Рассмотрим их подробнее.

Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 632682-6 (внесен в ГД РФ 26.02.2014), в результате принятия которого в УК РФ была введена новая ст. 170.2, а ст. 170 УК РФ была дополнена запретом на искажение сведений кадастра недвижимости, не содержала подробного описания оснований криминализации. Утверждая недостаточность административной ответственности за такие правонарушения, инициатор новелл просто подчеркивал «отсутствие должного регулирования в данной области, несоответствие наказания размеру ущерба, нанесенного субъекту имущественных прав». Также в пояснительной записке отмечалось, что специальный закон о кадастровой деятельности «наделил кадастрового инженера значительными полномочиями, которые, в свою очередь, должны сопровождаться высокой степенью ответственности». Общественная опасность или вообще что-либо, относящееся к основаниям криминализации, упомянуто в тексте пояснительной записки всего один раз. Инициатор крайне лаконично и очевидно мотивировал общностную опасность: «Общественно опасные последствия выражаются в причинении вреда общественным отношениям»²⁵.

Ранее, иницируя два других уголовно-правовых запрета (выражены в ст. 173.1 и ст. 173.2 УК РФ), направленных на охрану целостности сведений ЕГРЮЛ, субъект законодательной инициативы также не раскрыл основания криминализации в пояснительной записке. Указанная пояснительная записка к проекту Федерального закона № 497961-5 (внесен в ГД РФ 07.02.2011) фактически содержит только краткое описание объектов новых составов преступлений; отмечается соотношение новых норм с иными, уже действовавшими на тот момент составами преступлений²⁶.

Аналогичная ситуация «официального молчания» наблюдается и при исследовании законодательных интенций, сложившихся вокруг большого пакета так называемых антирейдерских поправок в УК РФ от 2010 г., которыми окончательно была оформлена система уголовно-правовой охраны института государственной регистрации. В пояснительной записке к проекту Федерального закона № 353716-5 (внесен в ГД РФ 06.04.2010 г.) инициатор поправок просто и без аргументов констатировал общественную опасность преступных фальсификаций государственного реестра. Указывалось, что, несмотря на общественную опасность, уголовно-правовыми запретами не охватывается ряд деяний, посредством которых создаются правовые предпосылки для рейдерского захвата. Подробная система оснований криминализации, сколько-нибудь схожей с рассмотренными ранее теоретическими системами, в записке не содержалась²⁷.

Полагаем, что, конечно же, общественная опасность противоправного воздействия на государственный реестр — это и есть фундаментальное основание, обусловившее формализацию исследуемых преступлений. Общественная опасность может быть проанализирована на основе толкования норм отраслевого (регуляторного) законодательства, если принять во внимание почти стопроцентную бланкетность исследуемых диспозиций норм УК РФ. Найти ответы на вопросы об основаниях криминализации в одном только уголовном законе невозможно. А. В. Сельский отмечает, что появление бланкетных норм и отказ от казуистичного способа формулирования обусловлены развитием экономических отношений, дифференциацией структуры общества, изменением формы государственного устройства и усложнением системы законодательства, влиянием промышленного переворота и прогрессом правовой мысли²⁸. Поэтому толковать «экономические» уголовно-правовые запреты в их связи с нормами гражданского, административного и иных отраслей права для исследователя попросту неизбежно.

Обращение к специальным законам позволяет заключить, что фальсификации сведений, которые содержатся в ЕГРН и ЕГРЮЛ, приводят не только к искажению информации, доступной неограниченному кругу лиц, и не только вводят в заблуждение участников рынка относительно экономических сведений, но и посягают на корпоративные права и право собственности как таковое. Например, из названия преступления, предусмотренного ст. 170.1, может показаться, что фальсификация совершается только для искажения сведений, включенных в ЕГРЮЛ. Вместе с этим также признаком состава данного преступления является цель, состоящая в приобретении права на чужое имущество. В уголовно-правовой доктрине отмечается, что лицо, совершив действия, описанные в диспозиции ст. 170.1 УК РФ, приобретает право владения, пользования и распоряжения имуществом комплексом, в том числе денежными средствами. В то же время юридический факт в виде перехода права собственности в уставном капитале

²⁵ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : паспорт проекта федер. закона № 632682-6 [Электронный ресурс]. Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/632682-6> (дата обращения: 01.04.2021).

²⁶ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : паспорт проекта федер. закона № 497961-5 [Электронный ресурс]. Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/497961-5> (дата обращения: 01.04.2021).

²⁷ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : паспорт проекта федер. закона № 353716-5 [Электронный ресурс]. Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/353716-5> (дата обращения: 01.04.2021).

²⁸ Сельский А. В. Бланкетные нормы в уголовном законодательстве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 18.

данной статьей не охватывается²⁹. Преступная фальсификация реестра — это «приготовление» к хищению чужого имущества. Исходя из этого можно выделить две основные формы рейдерства: первая — незаконный захват управления юридическим лицом, и вторая — отчуждение принадлежащего ему имущества, совершаемое в результате такого захвата³⁰.

Переход по бланкетным ссылкам диспозиций УК РФ подтверждает следующий тезис: в гражданском законодательстве предусмотрено, что в определенных законом случаях права на имущество и права на участие в корпорации обусловлены записью в государственном реестре. Права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр. Указанная норма закреплена в ст. 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ³¹ (далее — ГК РФ).

В соответствии с п. 1 ст. 131 ГК РФ право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в ЕГРН органами, осуществляющими государственную регистрацию прав на недвижимость и сделок с ней. Регистрация сделок с недвижимым имуществом обладает порождающим эффектом, и внесение записи в ЕГРН влечет признание права собственности на объект недвижимого имущества. Это также прямо следует из ч. 5 ст. 1 специального Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»³² (далее — Закон о регистрации недвижимости). В указанной норме говорится, что государственная регистрация права в ЕГРН является единственным доказательством существования зарегистрированного права.

Соответственно, лицо, нарушающее запрет, установленный в ст. 170 УК РФ, покушается не только на информацию (сведения) публичного реестра, но и на имущественные права, создавая таким образом основу для последующих противоправных действий или для извлечения выгод (например, выгоды от неуплаты налога на имущество — если, к примеру, искажаются данные ЕГРН о кадастровой стоимости).

Аналогично обстоит дело и с регистрацией корпоративных прав. Пункт 8 ст. 51 ГК РФ гласит, что юридическое лицо считается созданным, а данные о юридическом лице считаются включенными в ЕГРЮЛ со дня внесения соответствующей записи в этот реестр. Подобная норма содержится и в специальном Федеральном законе от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³³ (далее — Закон о регистрации юридических лиц и предпринимателей). Моментом государственной регистрации признается внесение регистрирующим органом соответствующей записи в соответствующий государственный реестр — это следует из ч. 2 ст. 11 Закона о регистрации юридических лиц и предпринимателей. Государственной регистрации подлежит не только создание юридического лица, но и отдельные факты хозяйственной деятельности (смена состава учредителей, смена единоличного исполнительного органа и т. д.).

Таким образом, фальсификация сведений ЕГРЮЛ автоматически приведет к утрате законным правообладателем контроля над компанией и к переходу прав на управление к злоумышленникам. Причем форм искажения ЕГРЮЛ может быть достаточно много: фальсификация записей об учредителях юридического лица, записей о размере доли, записей о юридическом адресе, внесение сведений о подставных учредителях и т. п. Кроме того, искажение регистрационных сведений, подлежащих включению в публичные реестры, само по себе подрывает доверие неопределенного круга лиц к признаваемому государством режиму имущественных и корпоративных прав. Полагаясь на открытые данные публичного реестра, любой человек или любая компания исходит из презумпции достоверности таких данных. Более того, гражданское законодательство всецело такую презумпцию признает и защищает, как указано в ст. 8.1 и ст. 53 ГК РФ. В специализированных теоретических работах указывается, что публичная достоверность данных ЕГРЮЛ — принцип, в соответствии с которым любое лицо, добросовестно полагающееся на данные ЕГРЮЛ, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам³⁴.

Заслуживают внимания и исторические предпосылки установления уголовно-правовых запретов. Система государственной регистрации прав, основанная на признании порождающего эффекта записи в публичном реестре, начала формироваться в России относительно недавно — в 1990-х гг. В этом смысле текст УК РФ наглядно отражает эволюционное развитие отраслевого законодательства, являясь ответом на вызовы развития правовой системы и роста капиталистической экономики государства.

Почти все исследуемые составы преступлений, кроме предусмотренного ст. 170 УК РФ, не существовали в течение всего времени действия УК РФ. Упомянутая ст. 170 присутствует в тексте УК РФ с момента его принятия, однако в первоначальной редакции 1996 г. она значительно отличалась от своего нынешнего вида и не содержа-

²⁹ Ларичев В. Д., Исаев О. Ю. Уголовная ответственность за преступления, совершаемые на ранних стадиях криминального установления контроля над управлением и активами предприятия (рейдерство) : монография. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 147.

³⁰ Соколов И. А., Дорогин Д. А. Указ. соч. С. 35.

³¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : от 30.11.1994 № 51-ФЗ. СЗ РФ, 1994. № 32. Ст. 3301.

³² О государственной регистрации недвижимости : федер. закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ (ред. от 30.12.2020). СЗ РФ, 2015. № 29 (часть I). Ст. 4344.

³³ О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей : федер. закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ (ред. от 31.07.2020). СЗ РФ, 2001. № 33 (часть I). Ст. 3431.

³⁴ Корпоративное право : учебный курс. В 2 т. / Отв. ред. И. С. Шиткина. Т. 1. М.: Статут, 2017. С. 523.

ла упоминание ЕГРН. Это вполне логично, учитывая, что в России потребность в полноценной публичной системе государственной регистрации прав на недвижимое имущество появилась только в 1990-х гг. с развитием частной собственности, как справедливо отмечает Е. В. Бадулина³⁵. Первый этап формирования системы государственной регистрации прав на недвижимость завершается в 1998 г. вступлением в силу кодифицированного акта — Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»³⁶. Указанный закон просуществовал почти 20 лет и был заменен действующим ныне Законом о регистрации недвижимости.

Отечественная система государственной регистрации корпоративных прав тоже начала формироваться в эпоху бурных рыночных реформ, и ее формирование завершилось в 2001 г. принятием Закона о государственной регистрации юридических лиц и предпринимателей и получила детальное регулирование с принятием в 2002 г. Постановления Правительства РФ от 19.06.2002 № 438 «О Едином государственном реестре юридических лиц»³⁷. Результатом этих новаций стало появление в отечественной правовой системе государственных реестров, обладающих не только информационно-учетным, но и юридическим (правопорождающим и правоподтверждающим) значением. Дальнейшие поправки в ГК РФ окончательно сформировали систему регистрации гражданских прав.

Разумеется, что ни институт частной собственности, ни система регистрации прав не были неуязвимы, ввиду чего потребовалась их защита сначала административно-правовыми мерами, а впоследствии и через уголовно-правовые запреты (крайняя мера государственной реакции). Уголовно-правовые запреты в значительной мере были вызваны и недостаточностью административно-правового воздействия, которое отличается менее строгой реакцией и не влечет наложение суровых санкций. Здесь уместно заметить, что в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ³⁸ (далее — КоАП РФ) с 2004 г. установлен запрет в ст. 14.25 «Нарушение законодательства о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». За непредставление или представление недостоверных сведений о юридическом лице или об индивидуальном предпринимателе лицо подлежит ответственности (максимально тяжелое административное наказание — денежный штраф до 10 тыс. рублей). Другая статья КоАП РФ — ст. 14.35 — устанавливает административную ответственность за нарушения в сфере государственной регистрации прав на недвижимость.

Резюмируя сказанное, возможно утверждать, что введение в России уголовной ответственности за противоправные действия в отношении государственных реестров явилось ответом на исторически объективное усложнение экономических отношений, начавшееся в 1990-х гг. Такое усложнение выразилось в возрождении института частной собственности, в возникновении корпоративного права, в появлении системы государственной регистрации прав на недвижимость и корпоративных прав вместе с государственными реестрами. Одни только административно-правовые запреты не могли обеспечить надлежащий уровень защиты института государственной регистрации прав, поскольку фальсификации государственных реестров традиционно обусловлены преступными целями, направленными на захват корпоративного управления и/или незаконное присвоение имущества, и ввиду этого обладают свойством общественной опасности. Таким образом, нормы уголовного закона, содержащие рассмотренные уголовно-правовые запреты, действуют в совокупности с регуляторными и охранительными нормами гражданского и административного законодательства.

Разумеется, уголовно-правовые запреты должны не просто увеличивать текст уголовного закона и создавать видимость урегулированности общественных отношений, но они также призваны обеспечивать эффективный механизм общей превенции преступного поведения. В этом аспекте рассмотренные нормы УК РФ в целом свою функцию выполняют, хотя вместе с тем требуют определенной корректировки. В этой связи целесообразно проведение дальнейших исследований рассмотренных запретов в целях их оптимизации и гармонизации как с отраслевым законодательством, так и с иными уголовно-правовыми запретами.

Литература

1. *Бадулина Е. В.* Развитие правового регулирования государственной регистрации недвижимости в России. Нотариус, 2017. № 6. С. 22–30.
2. *Баландина Н. В.* Криминализация общественных отношений: теоретико-правовое исследование : монография. М.: Перо, 2011. 82 с.
3. *Валласк Е. В.* Противодействие корпоративным захватам предприятий уголовно-правовыми средствами: анализ новелл законодательства. Юрист, 2012. № 6. С. 9–16.

³⁵ *Бадулина Е. В.* Развитие правового регулирования государственной регистрации недвижимости в России. Нотариус, 2017. № 6. С. 24.

³⁶ О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним : федер. закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ (ред. от 03.07.2016). СЗ РФ, 1997. № 30. Ст. 3594.

³⁷ О Едином государственном реестре юридических лиц : пост. Правительства РФ от 19.06.2002 № 438. СЗ РФ, 2002. № 26. Ст. 2585.

³⁸ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : от 30.12.2001 № 195-ФЗ. СЗ РФ, 2002. № 1 (часть 1). Ст. 1.

4. *Иванов Н. Г.* Общественная опасность деяния как онтологическая основа криминализации : монография. М.: Проспект, 2017. 80 с.
5. *Клейменов И. М.* Сравнительная криминология: криминализация, преступность, развитие уголовной политики в условиях глобализации : монография. М.: Юрлитинформ, 2014. 304 с.
6. *Козаченко И. Я., Сергеев Д. Н.* Новая криминализация: философско-юридический путеводитель по миру преступного и непроступного. Екатеринбург: SAPIENTIA, 2020. 256 с.
7. *Коробеев А. И.* Уголовно-правовая политика России: от генезиса до кризиса : монография. М.: Юрлитинформ, 2019. 352 с.
8. Корпоративное право : учебный курс. В 2 т. / Отв. ред. И. С. Шиткина. Т. 1. М.: Статут, 2017. 976 с.
9. Криминализация и декриминализация как формы преобразования уголовного законодательства : монография / В. П. Кашепов и др.; отв. ред. В. П. Кашепов. М.: ИЗиСП при Правительстве РФ, Юридическая фирма «Контракт», 2018. 280 с.
10. *Ларичев В. Д., Исаев О. Ю.* Уголовная ответственность за преступления, совершаемые на ранних стадиях криминального установления контроля над управлением и активами предприятия (рейдерство) : монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 224 с.
11. *Лопашенко Н. А.* Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ: монография. В 2 ч. Ч. I. М.: Юрлитинформ, 2015. 336 с.
12. *Маркунцов С. А.* Теория уголовно-правового запрета : монография. М.: Юриспруденция, 2015. 560 с.
13. *Нечаев А. Д.* Концептуальные основы криминализации и декриминализации деяний : монография / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н. А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2018. 320 с.
14. Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М.: Наука, 1982. 303 с.
15. *Сельский А. В.* Бланкетные нормы в уголовном законодательстве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 32 с.
16. *Семенов Т. В.* Социальная обусловленность уголовно-правовых запретов на фальсификацию Единого государственного реестра юридических лиц. Российский следователь, 2016. № 12. С. 34–38.
17. *Соколов И. А., Дорогин Д. А.* Уголовно-правовой механизм противодействия незаконному захвату юридических лиц (рейдерству) : монография. М.: Юрлитинформ, 2017. 160 с.
18. *Шишко И. В.* Экономические правонарушения: вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. 307 с.
19. Comparative Concepts of Criminal Law. Ed. by J. Keiler, D. Roef. 3rd ed. Cambridge: Intersentia Ltd., 2019. 376 p.
20. *Herring J.* Criminal Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, 2004. 937 p.

References

1. Badulina, E. V. The Development of Regulation of Real Estate Registration [Razvitie pravovogo regulirovaniya gosudarstvennoi registratsii nedvizhimosti v Rossii]. Notary [Notarius]. 2017. No. 6. Pp. 22–30. (In Rus.)
2. Balandina, N. V. The Criminalization of Society: Theoretical and Legal Research: Monography [Kriminalizatsiya obshchestvennykh otshenii: teoretiko-pravovoe issledovanie: Monografiya]. M.: Pen Publishing House, 2011. 82 p. (In Rus.)
3. Vallask, E. V. Fighting Corporate Takeovers of Companies by Criminal and Legal Prohibitions: The Analyze of New Regulations [Protivodeistvie korporativnym zakhvatam predpriyatii ugovolno-pravovymi sredstvami: analiz novell zakonodatel'stva]. Jurist [Yurist]. 2012. No. 6. Pp. 9–16. (In Rus.)
4. Ivanov, N. G. Public Harmlessness of an Action as an Ontological Basis of Criminalization: Monography [Obshchestvennaya opasnost' deyaniya kak ontologicheskaya osno-va kriminalizatsii: monografiya]. M.: Prospect Publishing House, 2017. 80 p. (In Rus.)
5. Kleymenov, I. M. Comparative Criminology: Criminalization, Crime and Development of Criminal Law Policy in the Context of Globalization: Monography [Sravnitel'naya kriminologiya: kriminalizatsiya, prestupnost', razvitie ugovolnoi politiki v usloviyakh globalizatsii: monografiya]. M.: Yurilitinform Publishing House, 2014. 304 p. (In Rus.)
6. Kozachenko, I. Ya., Sergeev, D. N. New Criminalization: Philosophically-Legal Guide in the World of Criminal and Non-Criminal [Novaya kriminalizatsiya: filosofsko-yuridicheskii putevoditel' po miru prestupnogo i neprestupnogo]. Ekaterinburg: SAPIENTIA Publishing House, 2020. 256 p. (In Rus.)
7. Korobeev, A. I. Criminal and Legal Policy of Russia: From Genesis to Crisis. [Ugolovno-pravovaya politika Rossii: ot genезisa do krizisa: monografiya]. M.: Yurilitinform Publishing House, 2019. 352 p. (In Rus.)
8. Corporate Law: Academic Course in 2 Volumes [Korporativnoe pravo: Uchebnyi kurs. V 2 t.]. Editor-in-chief Shitkina I. S. Vol. 1. M.: Statute Publishing House, 2017. 976 p. (In Rus.)
9. Criminalization and Decriminalization as Ways to Transform Criminal Law [Kriminalizatsiya i dekriminalizatsiya kak formy preobrazovaniya ugovolnogo zakonodatel'stva: monografiya]. Kashepov V. P. and others; editor-in-chief Kashepov V. P. M.: ILCL under the Russian Federation Government, Law Firm Contract LLC, 2018. 280 p. (In Rus.)

10. Larichev, V. D., Isaev, O. Yu. Criminal Liability for Crimes Committed in the Early Stages of Hostile Corporate Takeover (Raiding): Monography [Ugolovnaya otvetstvennost' za prestupleniya, sovershaemye na rannikh stadiyakh kriminal'nogo ustanovleniya kontrolya nad upravleniem i aktivami predpriyatiya (reiderstvo): monografiya]. M.: Yurlitinform Publishing House, 2013. 224 p. (In Rus.)
11. Lopashenko, N. A. Crimes in the Sphere of Economic Activity: Theoretical and Practical Analyze: Monography [Prestupleniya v sfere ekonomicheskoi deyatel'nosti: teoreticheskii i prikladnoi analiz: monografiya]. In 2 parts. Part 1. M.: Yurlitinform Publishing House, 2015. 336 p. (In Rus.)
12. Markuntsov, S. A. The Theory of Criminal-Legal Prohibition: Monography [Teoriya ugolovno-pravovogo zapreta: Monografiya]. M.: Jurisprudence Publishing House, 2015. 560 p. (In Rus.)
13. Nechaev, A. D. Conceptual Framework of Criminalization and Decriminalization of Actions: Monography [Kontseptual'nye osnovy kriminalizatsii i dekriminalizatsii deyanii: monografiya]. Editor-in-chief Doctor of Legal Sciences, Prof. Lopashenko N. A. M.: Yurlitinform Publishing House, 2018. 320 p. (In Rus.)
14. Basis for Criminal and Legal Prohibition: Criminalization and Decriminalization [Osnovaniya ugolovno-pravovogo zapreta: kriminalizatsiya i dekrimi-nalizatsiya]. Kudryavtsev V. N., Dagele P. S., Zlobin G. A. and others.; editors-in-chief Kudryavtsev V. N., Yakovlev A. M. M.: Science Publishing House, 1982. 303 p. (In Rus.)
15. Selskiy, A. V. Blanket Norms in Criminal Legislation of Russia: Thesis of the PhD Dissertation in Law [Blanketnye normy v ugolovnom zakonodatel'stve Rossii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk]. M, 2010. 32 p. (In Rus.)
16. Semenov, T. V. Social Conditionality of Criminal-Legal Prohibition of Falsification of the Unified State Registry of Legal Entities [Sotsial'naya obuslovlennost' ugolovno-pravovykh zapretov na fal'sifikatsiyu Edinogo gosudarstvennogo reestra yuridicheskikh lits]. Russian Investigator [Rossiiskii sledovatel']. 2016. No. 12. Pp. 34–38. (In Rus.)
17. Sokolov, I. A., Dorogin, D. A. Criminal Law Mechanism of Fighting Illegal Corporate Takeovers (Raiding): Monography [Ugolovno-pravovoi mekhanizm protivodeistviya nezakonnomu zakhvatu yuridicheskikh lits (reiderstvu): monografiya]. M.: Yurlitinform Publishing House, 2017. 160 p. (In Rus.)
18. Shishko, I. V. Offences in the Sphere of Economy: Legal Assessment and Liability Issues [Ekonomicheskie pravonarusheniya: Voprosy yuridicheskoi otsenki i otvetstvennosti]. SPb.: Legal Center Press Publishing House, 2004. 307 p. (In Rus.)
19. Comparative Concepts of Criminal Law. Ed. by Keiler J., Roef D. 3rd ed. Cambridge: Intersentia Ltd., 2019. 376 p.
20. Herring, J. Criminal Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, 2004. 937 p.

Догматическое и политико-правовое обоснование защиты позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора

Макарова Радмила Владимировна, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

соискатель на кафедре гражданского права юридического факультета; e-mail: radmila.b@ya.ru.

Аннотация

Автор вслед за Л. Фуллером и У. Пердью пытается найти философское, историческое и утилитарное обоснование позитивного интереса при взыскании убытков вследствие нарушенного договора и, используя компаративный и исторический методы научного анализа, приходит к следующим выводам. Модель позитивного интереса не является атрибутом исключительно договора, она атрибутирует защиту субъективного права требования. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения). Такой взгляд ставит под сомнение практическую целесообразность рассматриваемого деления моделей взыскания убытков и подталкивает к тому, чтобы оценивать объект посягательства — имело ли место нарушение субъективного права.

Исторически трансформация деликта в договор в английском праве ознаменована возможностью взыскивать убытки по модели позитивного интереса. Произошло это параллельно с признанием правопорядком доктрины встречного предоставления.

Функционально, если проводить параллель с отечественным правопорядком, встречное предоставление в системе common law реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно выдвигаемой гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте сигнализирует о наличии субъективного права и оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора.

Ключевые слова: договор, нарушение договора, убытки, позитивный интерес, субъективное право.

Dogmatic and Political-Legal Justification for the Protection of Positive Interest in the Recovery of Damages in Case of Breach of Contract

Radmila V. Makarova, Saint Petersburg University (Saint Petersburg, Russian Federation)

graduate student at Department of Civil Law of the Faculty of Law; e-mail: radmila.b@ya.ru.

Abstract

Following L. Fuller and W. Perdue, the author tries to find a philosophical, historical and utilitarian justification for a positive interest in recovering damages due to a breached contract and, using comparative and historical methods of scientific analysis, comes to the following conclusions. The model of positive interest is not an attribute of the contract only, it attributes the protection of the subjective right of claim. The violated right can be not only a party to the contract, but also a delinquent, while the losses will reasonably be calculated according to the model of positive interest (for example, recovery of losses caused by unfair intervention in other people's contractual relations). Such a view calls into question the practical expediency of the considered division of models for the recovery of damages, and encourages us to evaluate the object of the encroachment — whether there has been a violation of a subjective right.

Historically, the transformation of a tort into a contract in English law is marked by the ability to recover damages according to the positive interest model. This happened in parallel with the recognition by the legal order of the doctrine of counter provision.

Functionally, if we draw a parallel with the domestic legal order, the counter provision in the common law system implements the idea of compensation, the form of the contract, signaling the onset of legally binding relations, as well as the achievement by the parties of mutual certainty of relations. Compensation, the required form and certainty, according to the hypothesis put forward, are the political and legal set that in the historical context

signals the presence of a subjective right and justifies the reasonableness of the creditor's expectations, which opens the door for the implementation of the positive interest model in the recovery of damages in case of breach of contract.

Keywords: contract, breach of contract, losses, positive interest, subjective right.

Введение

Цель настоящей работы состоит в опровержении устоявшегося утверждения, воспринимающегося многими коллегами практически аксиоматично: «Убытки по модели позитивного интереса взыскиваются при нарушении договора, убытки по модели негативного интереса представляют собой ответственность за деликт»¹.

Наши сомнения в отношении указанной атрибуции необходимо ясно обозначить.

Во-первых, неверной представляется бескомпромиссная, не предполагающая промежуточных остановок дихотомизация договора и деликта применительно к решению вопроса о модели взыскания убытков. Она неверна как сугубо исторически, так и в контексте сегодняшнего дня, так как оставляет за бортом регулирование многих пограничных ситуаций. Либо подобное регулирование, исходя из двухполюсной ригидной системы, оказывается неубедительным.

Во-вторых, сомнительной кажется и сама корреляция между нарушением и моделью взыскания убытков, если ее понимать императивно, а также отказывать в праве на существование симбиотическим моделям взыскания убытков.

В-третьих, если принять предыдущие утверждения в качестве гипотез, возникает необходимость поиска некоего фундаментального идеологического или же философского обоснования позитивного интереса для понимания того, что же в действительности защищает правопорядок через модель позитивного интереса.

Исходя из вышесказанного, в настоящем исследовании нам предстоит ответить на следующие вопросы.

1. Каковы идеологические и философские обоснования позитивного интереса?

2. Какие явления исторически предопределили формирование модели позитивного интереса? Возможно ли через исторический анализ выявить исходные элементы, вызывающие к жизни модель позитивного интереса, с тем, чтобы использовать это знание для тонкой настройки регулирования пограничных ситуаций?

3. На защиту какого интереса встает правопорядок, предоставляя в распоряжение кредитора модель позитивного интереса.

4. Насколько актуальна сама категоризация моделей возмещения убытков, предложенная Фуллером и Пердью.

Любой политико-правовой вопрос не может быть качественно рассмотрен лишь с опорой на одну единственную линию аргументации, равно как ни одна линия аргументации не создается автором с чистого листа. Мне близка метафора Р. Дворкина о том, что любой судья подобен автору, который пишет главу в длинном романе. С одной стороны, каждый автор привносит что-то свое в повествование, с другой — он не может перечеркнуть всё предыдущее повествование и войти с ним в неразрешимое противоречие. Полагаю, данная метафора в полной мере применима и к исследователю.

Изучать обозначенную проблему мы будем с трех ракурсов: с философского ракурса, исторического и с политико-правового.

Опираясь в исследовании мы будем на материалы стран common law, проводя некоторые параллели с отечественным правопорядком. Этот методологический прием обусловлен не столько тонким нюансированием решений и глубиной проработки вопроса в странах общего права, сколько исследовательской целесообразностью. Ведь признавая тот факт, что в Англии не произошло полноценной рецепции римского права², мы вместе с тем не можем не заметить, что английское право в Средние века во многом повторило путь, проделанный римлянами за 1000 лет до этого³. Филогенез институтов частного права в английском праве — лучший объект для исследования, ввиду лучшей сохранности артефактов, несущих следы данного развития.

В исследовании помимо общенаучных методов был использован сравнительно-правовой метод в интерпретации функционализма, в тех фрагментах исследования, где проводятся параллели с российским правом.

При всей неоднозначности и противоречивости данного направления компаративистики⁴ представляется, что касательно сравнения института договора в российском и английском праве лишь функциональное соответствие

¹ В целом и закон придерживается такого подхода (п. 2 ст. 393 ГК РФ).

² Хотя некоторые ученые придерживаются точки зрения, что рецепция имела место. См., например: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 34; *Гарсия Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 137.

³ *Цвайгерт К., Кёртц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 2000. С. 283.

⁴ *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. *Oxford Handbook of Comparative Law.* Oxford, 2008. P. 339–382; *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы. Российский ежегодник сравнительного права. СПб., 2008. № 1. С. 7–28.

институтов разных правовых систем делает возможным и целесообразным их сравнение, функция определяет объект исследования в конечном счете и релевантность результатов исследования.

В настоящий момент не существует единой теоретической концепции данного метода, а под эгидой функционализма объединены различные, по сути, методологические подходы. В настоящем исследовании нами использовался методологический подход функционализм, представляющий собой одну из возможных интерпретаций функционализма⁵. Вторя Гордли и Эссеру, мы подразумеваем под функцией аристотелевскую *causa finalis* или цель, на достижение которой направлено функционирование правового института.

Функция, таким образом, является *tertium comparationis*, критерием сравнения и сравнимости правовых институтов. Именно идея функциональной эквивалентности — базовая идея современного сравнительного правоведения — позволяет успешно преодолеть эпистемологические различия системы общего и континентального права и перевести их в сравнимую плоскость. При этом подобный взгляд позволяет сравнивать правовые институты и теоретические концепты, принимая за *tertium comparationis* ту функцию, которую они выполняют.

1. Постановка проблемы Лоном Фуллером и Уильямом Пердью

Лон Фуллера и Уильям Пердью (L. L. Fuller и W. R. Perdue)⁶ впервые в англо-американском дискурсе поставили проблему обоснованности притязания модели позитивного интереса при взыскании убытков при расторжении договора на модель, действующую презумптивно. И им подобные притязания не показались убедительными и бесспорными.

Фуллер и Пердью приводят следующие мыслимые модели возмещения убытков:

1. Реституционные убытки — убытки из кондикции при ситуации, когда сторона, исполнив причитающееся с нее по договору, не получила встречное предоставление от контрагента. Убытки рассчитываются в этом случае исходя из стоимости исполненного.

2. Убытки, защищающие доверие, защищают так называемый негативный интерес, то есть в результате возмещения лицо должно оказаться в позиции, как если бы договора не было вовсе.

3. Убытки из ожидания соответствуют позитивному интересу. В результате возмещения сторона оказывается в том положении, в котором бы она находилась, если бы договор был исполнен надлежащим образом.

Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что кондикционные убытки также стоят на страже доверия и представляют собой частный случай убытков по модели негативного интереса.

Далее авторы задаются вопросом: в чем же обоснование модели позитивного интереса и почему данная модель действует по умолчанию? Действительно ли взыскание убытков должно защищать ожидания кредитора и в чем же политико-правовой смысл защиты ожидания?

Выдвигается следующая гипотеза. Позитивная модель выполняет функцию частной превенции, то есть психологически является сдерживающим фактором от нарушения договора.

Таким образом, создается впечатление, что позитивная модель призвана поддерживать экономическую и социальную стабильность в обществе.

Но в идеальной экономике, в лабораторных условиях интерес, рассчитанный из ожидания, не сильно отстоит от интереса из доверия. По сути ожидание — это материализовавшееся доверие. Интерес из ожидания — это своеобразный артефакт доверия, а его преимущество заключено в доказательственной простоте. И прямое тому подтверждение — принцип митигации.

Исторически защита кредитора, чьи права по договору были нарушены, также строилась на защите доверия — это видно по реальным контрактам и ранней форме иска *action of assumpsit*. Но в определенный момент даже в договорах, где фактор нарушенного доверия индуцирует судебную защиту, убытки начинают рассчитываться по модели защиты ожиданий. И объяснений этому, по мысли авторов, может быть два. Первое — модель ожиданий более определенная, убытки проще рассчитать; второе — модель позитивного интереса дисциплинирует должника, то есть реализует функцию превенции нарушения.

Если следовать первому объяснению, будем ли мы считать, что в случаях, когда модель негативного интереса дает также определенное решение, мы предпочтем модель защиты доверия или, как минимум, предоставим кредитору выбор моделей защиты.

Кроме того, зачастую возникает ситуация невозможности дифференциации убытков, рассчитанных по негативной и позитивной модели. В частности, подобные «серые зоны» можно наблюдать в следующих ситуациях:

1. Отказ от договора на стадии частичного исполнения — подрядчик взыскивает те расходы, что он понес, и прибыль, которую он намеревался получить. Например, были закуплены материалы, которые невозможно реализовать на рынке и использовать в других проектах. В этой ситуации подрядчик вправе взыскать стоимость материалов и часть упущенной выгоды, которая приходится на выполненную часть работ.

⁵ Michaels R. The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2008. P. 339–382.

⁶ Fuller L. L., Perdue W. R. The Reliance Interest in Contract Damages. The Yale Law Journal, 1937. Vol. 46. No. 3. P. 373–420.

2. Убытки от нереализованной возможности заключить аналогичный договор с третьим лицом представляют собой элемент модели негативного интереса, но зачастую эти убытки сложно разграничить с упущенной выгодой в рамках модели позитивного интереса.

3. Ситуации, когда нарушение контракта не просто лишает прибыли, но вызывает прямой вред (например, от больной коровы гибнет все стадо).

Целесообразность рафинированной позитивной модели в данных ситуациях ставится авторами под сомнение, хотя, возможно, все эти примеры подталкивают и к тому, чтобы усомниться в предложенной системе моделей взыскания убытков.

Пытаясь обнаружить утилитарное предназначение позитивной модели, Фуллер и Пердю задаются вопросом, может ли ожидание кредитора или, другими словами, его позитивный интерес всегда определять максимально возможный предел взыскания убытков по договору. Иногда негативный интерес выше, чем позитивный: в этом случае есть ли основания его ограничивать размером убытков по позитивной модели, если убытки взыскиваются в связи с нарушением договора?

Существуют разные модели негативного интереса: убытки, которые непосредственно связаны со встречным предоставлением (расходы на исполнение), и убытки, напрямую не связанные, возникшие как последствия дефектности исполнения.

В ситуации несвязанности напрямую убытков со встречным предоставлением, ограничителем размера убытков должен выступать тест на предвидимость убытков, но никак не позитивный интерес⁷. Например, если из-за болезни одного проданного животного гибнет все стадо, рушится бизнес покупателя вследствие невыполнения им встречных обязательств перед контрагентами, размер взыскания никак не должен ограничиваться размером ожидания или позитивного интереса. Ограничение задается тестом на предвидимость данных убытков для разумного лица. Хотя и в этой ситуации, как мы уже отмечали, довольно сложно отделить доверие от ожидания, позитивный интерес от негативного интереса. С одной стороны, расходы, возникшие как негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, вписываются в рамки негативной модели; с другой — если бы кредитор оказался в позиции надлежащего исполнения обязательства, подобных расходов бы не возникло.

Принципиально иная ситуация, когда понесенные пострадавшей стороной расходы на исполнение собственного обязательства (негативный интерес) превышают потенциальное встречное предоставление (позитивный интерес), ввиду ошибочного коммерческого расчета или изменившейся экономической ситуации. Может ли неисправность должника послужить основанием для возложения на него данных рисков путем взыскания убытков по модели негативного интереса. Фуллер и Пердю дают отрицательный ответ, говоря о том, что в этом случае позитивный интерес должен служить ограничителем ответственности.

Таким образом, авторы выдвигают тезис об ошибочности общей презумпции действия модели позитивного интереса при взыскании убытков при расторжении договора. Авторы не видят сильных политико-правовых аргументов для выдвигания подобной презумпции.

Многочисленная критика Фуллера и Пердю связана в первую очередь с обоснованностью и целесообразностью предлагаемой ими классификации моделей взыскания убытков, выдвигаются и доводы против приводимых суждений⁸.

Но как впоследствии утверждал сам Л. Фуллер, ценность статьи не столько и не только в популяризации модели взыскания убытков, исходя из защиты доверия, сколько в анализе, который разрушает дихотомию «договор — внедоговорная ситуация» и подсвечивает промежуточные проблемные ситуации с точки зрения применимой модели возмещения убытков⁹.

Мы в своем собственном поиске пойдем той же дорогой, что и Л. Фуллер и У. Пердю, и попытаемся обнаружить обоснование позитивной модели с философских, исторических и политико-правовых оснований. Нас так же, как и Л. Фуллера и У. Пердю, интересует регулирование промежуточных состояний.

2. Философские обоснования моделей взыскания убытков

В этой части работы мы рассмотрим философскую линию аргументации в решении проблемы политико-правового выбора приемлемой модели взыскания убытков при нарушении договора.

⁷ Данный вопрос был поставлен в деле *Hadley & Anor v Baxendale & Ors* [1854] EWHC J70, где суд и вывел критерий предвидимости как ограничителя размера взыскиваемых убытков.

⁸ *Craswell R. Against Fuller and Perdue*. U. Chi. L. Rev., 2000. Vol. 67; *Andrews N. Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*. London: Sweet & Maxwell, 2017. P. 398.

⁹ "I consider the contribution made in my article on the reliance interest to lie, not in calling attention to the reliance interest itself, but in an analysis which breaks down the Contract-No-Contract dichotomy and substitutes an ascending scale of enforceability". Letter from L. L. Fuller to K. Llewellyn (Dee 8, 1939), quoted in R. S. Summers, R. A. Hillman. *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*. 1997. P. 41.

2.1. Контрактуализм

Контрактуализм — влиятельное направление политико-философской мысли, основные современные интерпретации которого предложены Т. М. Скэнлоном, Дж. Ролзом. Контрактуализм представляет собой методологический прием для поиска приемлемых политико-правовых решений, заключающийся в представлении воображаемого гипотетического соглашения разумных абстрактных личностей.

Основная идея версии контрактуализма Т. М. Скэнлона сводится к тому, что приемлемые принципы человеческого взаимодействия основаны на морально приемлемом соглашении. Морально приемлемо, в свою очередь, то, что не может быть обоснованно отвергнуто другими.

Согласно позиции Т. М. Скэнлона, который прямо полемизирует с Л. Фуллером и У. Пердью, моральный принцип, ограничивающий ответственность нарушителя возмещением убытков, основанных на доверии или негативном интересе, — это принцип, осознавая который как применимый разумный участник оборота мог бы отказаться акцептовать оферту, и поэтому данный принцип не является приемлемым¹⁰. Таким образом, согласно позиции Т. М. Скэнлона, морально приемлемым, а значит, и единственно обоснованным с точки зрения политики права является выбор позитивной модели взыскания убытков при расторжении договора.

Однако этот вывод не кажется бесспорным. Более того, он, как представляется, может быть подвергнут сомнениям посредством контрактуалистской методологии.

Пожалуй, наиболее влиятельной контрактуалистской теорией является теория, выдвинутая Дж. Ролзом, вдохновленным идеей «беспристрастного наблюдателя» А. Смита.

Дж. Ролз также определяет выбор справедливых и морально приемлемых правил через требование честности или непредвзятости. Такая честность достигается, по мысли Дж. Ролза, с помощью «занавеса неведения», когда люди не знают о своем социальном статусе, им неведомы их истинные частные интересы, все то, что их окружает в жизни. Таким образом, достигается так называемое исходное положение, пребывая в котором люди, по мысли Дж. Ролза, честны и беспристрастны. Находясь в «исходном положении» за «занавесом неведения» люди приходят к справедливому соглашению в отношении базовых принципов социального устройства. Набор этих принципов, по мнению Дж. Ролза, невариабельный.

Собственно, основных принципа два. Во-первых, каждый имеет право на равный набор базовых свобод. Во-вторых, неравенство возможно лишь при соблюдении двух условий: отступление от принципа равенства должно быть привязано к постам и должностям, доступ к которым открыт для всех, и указанное отступление от принципа равенства должно приносить наибольшее благо для наименее обеспеченных членов общества¹¹.

Попробуем применить методологию Ролза к поиску оптимальной модели возмещения убытков.

На первый взгляд, беспристрастный наблюдатель в исходном положении согласится с тем, что в случае прекращения договора ввиду его нарушения какой-либо стороной, сторона, непричастная к нарушению, получит то, что она ожидала получить в случае полной реализации изначальной программы договорных отношений. В случае же «обнуления» договорной связи, ретроактивного аннулирования ее правопорядком (то, что происходит в ситуации признания сделки недействительной) пострадавшая сторона получит тот размер компенсации, который вернет ее в первоначальную позицию.

Но другой в равной степени признаваемый абстрактным беспристрастным наблюдателем принцип заключается и в том, что аналогичные споры должны разрешаться одинаково (собственно, это базовый принцип), а детали опциональные, не влияющие на существенные характеристики спора, не должны влиять критическим образом на его разрешение. Например, покупатель, заключивший договор купли-продажи и впоследствии обнаруживший недостоверность заверений продавца относительно качества вещи, может как отказаться от договора, так и признать сделку недействительной вследствие обмана. Представляется, что возможность эффективно оспорить сделку подтверждает высокую значимость недостоверных заверений. При этом модели взыскания убытков, например, по действующему российскому законодательству будут различны¹²: позитивная модель при расторжении договора, и негативная — при эффективном оспаривании сделки. Подобное отступление от базового принципа представляется не вполне обоснованным.

В США суды довольно часто присуждают убытки, рассчитанные в рамках позитивной модели, в ситуациях деликтной ответственности за недостоверные заверения. Так, если продавец делает недостоверное заверение (representation) о качествах дома, покупатель может взыскать убытки в таком размере, чтобы оказаться в позиции, как если бы заверение соответствовало действительности¹³.

С другой стороны, как показывает судебная практика США, противопоставление позитивного и негативного интереса не всегда уместно. Как правило, в ситуациях, когда взыскивается негативный интерес, позитивный просто не

¹⁰ Scanlon T. M. Promises and Contracts. Cambridge. 2000.

¹¹ Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск: изд-во НГУ, 1995.

¹² О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора : пост. Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». П. 34–37.

¹³ Например, Midwest Home Distributor, Inc v Domco Industries Ltd, 585 NW2d 735, 738–742 (Iowa 1998).

рассчитать, хотя и это правило работает не всегда¹⁴. Вместе с тем это справедливо для многих случаев эстоппеля. Зачастую убытки по негативной модели присуждаются в ситуации, когда их невозможно рассчитать по позитивной модели. Факт наличия либо отсутствия договора решающего значения не имеет¹⁵. В отечественных реалиях данный подход мог бы быть применим при взыскании убытков вследствие недействительной сделки в результате обмана продавца.

Позволить взыскать покупателю убытки с позитивным интересом возможно, лишь отказавшись от ложной атрибуции — убытки с позитивным интересом / нарушение договора.

При таком взгляде покупатель может взыскать в качестве убытков разницу в рыночной цене объекта — например, если рыночная цена объекта увеличилась с момента заключения недействительной сделки. Такое решение представляется оправданным в российских реалиях, при этом абстрактный расчет убытков основывается на рыночной цене, и отсутствие договора не препятствует осуществлению данного расчета.

Но провести классификацию за «занавесом неведения» весьма проблематично, так как применение модели расчета убытков очень сильно зависит от фактов дела.

Примером может послужить кейс *Hoffman v Red Owl Stores*¹⁶. В данном деле рассматривалась ситуация, в которой договора между сторонами не было, но было обещание одной стороны заключить в будущем договор, притом весьма расплывчатое, рассчитывая на которое истец действовал в ущерб себе¹⁷. Истец, рассчитывая на заключение в будущем договора франчайзинга, совершал траты, чтобы соответствовать требованиям потенциального франчайзера, который в определенный момент просто закрыл указанное направление деятельности.

Суд взыскал убытки, рассчитанные исходя из негативного интереса, мотивируя решение нарушением ответчиком своего обещания, на которое рассчитывала другая сторона в ущерб себе. Модель негативного интереса, реализованная судом, несколько усеченная, так как учитывает только понесенные траты, но не учитывает убытки от потери возможности заключить аналогичный договор. Рассчитать и учесть эти убытки довольно сложно, но если бы суду удалось это сделать, разница между позитивной и негативной моделью была бы нивелирована.

В доктрине так и не было выдвинуто удовлетворительного объяснения такого решения суда. Все предложенные теории весьма уязвимы с точки зрения догматики. В частности, выдвигалась теория нарушения ответчиком общей обязанности действовать добросовестно на стадии переговоров. Но спорным является как сам тезис о существовании такой обязанности в странах общего права, тем более когда речь идет о предпринимателях, так и факт недобросовестности со стороны ответчика в данном деле. Деликтная ответственность за ненамеренные недостоверные заверения на стадии заключения договора — привлекательное объяснение, но лишь на первый взгляд. Проблема обнаруживается в том, что большинство судов не признают данный вид деликта, исключения же возможны для ситуаций, когда ответчик обладает специальными знаниями в определенной области. Теория квазиконtrakта и неосновательного обогащения также несостоятельна, потому как неосновательного обогащения и не возникло¹⁸.

Данная категория дел наглядно демонстрирует невозможность выведения общего правила, используя модель гипотетического соглашения. По сути, контрактуалистская методология не дает решения проблемы выбора приемлемой модели возмещения.

Мы видим, что обе модели могут быть как выгодны, так и невыгодны для пострадавшей стороны. А полная и правильная реализация этих моделей зачастую приводит нас к результатам, которые не сильно отличаются друг от друга. Такой итог ставит вопрос о релевантности самой категоризации, предложенной Фуллером и Пердью и подхваченной многими право порядками.

2.2. Выбор модели с позиции дистрибутивной и корректирующей справедливости

Рассмотрение моделей с позиций дистрибутивной справедливости. Так, некоторые авторы оценивают средства правовой защиты в соответствии с их распределительным эффектом.

Как отмечалось ранее, мера ожидания дает лицу, не нарушившему, договор, ту прибыль, которую он получил бы от сделки, а не просто восстанавливает его положение до договора. Сопоставив данный факт с посылкой, которой придерживается ряд ученых, что рыночный механизм создает неравенство в распределении благ, поскольку блага имеют тенденцию доставаться в основном тем, кто уже и так могущественен или богат, можно прийти к выводу, что модель позитивного интереса лишь усиливает неравенство в распределении благ.

¹⁴ *Collins v Old Republic Title Co*, 1997 WL 457709 (D. Kan, 1997); *Marbucco Corp v Suffolk Construction Co*, 165 F3d, 103, 104–106 (1st Cir 1999).

¹⁵ *Craswell R.* Op. cit. *Walsler v Toyota Motor Sales*, 43 F3d 396 (8th Cir 1994); *Hoffman v Red Owl Stores, Inc*, 26 Wis 2d 683, 133 NW2d 267 (1965).

¹⁶ 133 N. w. 2d 267 (Wis. 1965). Стоит отметить, что подход, обозначенный в данном деле, дальнейшего распространения не получил.

¹⁷ Подробнее см.: *Whitford W. C. Macaulay S.* *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story*. 61 *Hastings L. J.* 801. 2009–2010. P. 802–854.

¹⁸ *Scott R. E.* *Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance*. 2007. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=faculty_scholarship (дата обращения: 19.02.2023).

Если принять данную точку зрения, то может показаться, что убытки по модели позитивного интереса способствуют тому, чтобы сильные мира сего получали свою прибыль гарантированно всегда¹⁹.

Однако данный вывод базируется на допущении, что ответчик — всегда более слабая сторона, но зачастую это как раз не так, и вообще непонятно, почему подобное допущение должно ложиться в основу рассуждений. Кроме того, такой подход может отражаться на цене благ. Так, сильная сторона, понимая, что не сможет рассчитывать на убытки по модели позитивного интереса при нарушении договора, будет закладывать данные риски в цену благ, что в свою очередь сильнее всего ударит по наименее защищенным участникам оборота²⁰.

Модель негативного интереса менее предсказуемая, и в этом отношении ее регулятивный эффект с позиций дистрибутивной справедливости на экономиста в целом скорее негативный. Хотя этот вывод и не бесспорен. Основное возрастание энтропии положения должника имеет место при наличии убытков, представляющих собой негативные экстерналии ненадлежащего исполнения. Но эти убытки, как справедливо заметили Фуллер и Пердю, находятся в так называемой серой зоне, когда разграничить позитивный и негативный интерес проблематично.

С другой стороны, в модели позитивного интереса энтропия возрастает при расчете упущенной выгоды, которая зачастую полностью соответствует убыткам от упущенной возможности заключить аналогичный договор в идеальной негативной модели возмещения.

Анализ рассматриваемых моделей с позиции общественного осуждения того или иного поведения хоть сколько-нибудь значимых выводов нам не даст, поскольку заведомо невозможно определить, какая модель будет наиболее обременительна для неисправного должника. Очевидно экспрессивны, например, штрафная неустойка или модель сверхкомпенсационной защиты в системе, предлагаемой А. Г. Карапетовым²¹.

Экспрессивная значимость или этический месседж, как негативной, так и позитивной модели взыскания убытков, не столь очевиден, экспрессивностью обладало бы правило, согласно которому сторона, не нарушавшая договор, получает возможность выбора модели возмещения²².

Таким образом, с позиции дистрибутивного эффекта ни одна из моделей не обладает бесспорным преимуществом.

Рассмотрение с позиций корректирующей справедливости. Ключевой предпосылкой в рассуждениях является то, как мы относимся к праву требования из обязательства. В экономике, основанной на кредите, а значит — на доверии, право требования приобретает самостоятельную имущественную ценность, становится трансферабельным и входит в состав активов его обладателя.

Сегодня очевидно, что реальный хозяйственный оборот представляет собой по большей части оборот прав требования, а не вещей. Поэтому, нарушая права требования, мы покушаемся на наличествующий актив пострадавшей стороны, а значит, взыскивая убытки, должник вернуть не то, чего никогда не было у пострадавшего, а напротив — восстановить его имущественную сферу.

В каких ситуациях рассматриваемые модели возмещения могут конкурировать. За исключением, вероятно, неких маргинальных ситуаций, все подобные ситуации можно разделить на две группы. Первая группа — это сценарии превышения расходов кредитора на собственное исполнение над доказанным позитивным интересом, вторая — негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, повлекшие вред, превышающий заранее определенный позитивный интерес.

Если, анализируя данные сценарии, мы абстрагируемся от моделей, предложенных Л. Фуллером и У. Пердю, и посмотрим на ситуацию так, как предложили выше. Имущественное право требования — наличествующий актив кредитора, имеющий стоимостную оценку. Любое умаление данного актива влечет необходимость полной компенсации утраченной ценности актива.

При таком взгляде, рассматривая сценарии первой группы, мы уже задаемся вопросом не о применимой модели возмещения, а о способе определения стоимости нарушенного права требования. Таких способов может быть несколько. Первый — наша негативная модель, то есть расходы на исполнение, но в этой ситуации убытки, защищающие доверие, являются своего рода alter ego убытков, рассчитанных из позитивной модели, расходы на собственное исполнение — это минимум из того, что сторона рассчитывает получить. Второй способ — модель позитивная. Третий способ расчета убытков — независимая рыночная оценка права требования (в большинстве случаев этот способ будет приводить к результатам расчета по позитивной модели, но не всегда, например, если должник в предбанкротном состоянии и право требования к нему на рынке ничего не стоит).

При таком взгляде на проблему выбор модели определения стоимостной оценки нарушенного права зависит от оценки фактов и не может определяться абстрактно. Интересен вопрос, может ли правопорядок допустить вы-

¹⁹ *Pettit M. Jr.* Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. *Hastings L J P.* 1987. No. 38 ("More often than not, it is the stronger actors in our society who seek to employ state power to enforce this privately negotiated extra advantage-in other words, the profits protected by expectation damages").

²⁰ *Kennedy D.* Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 1982. No. 41. P. 563, 609.

²¹ *Карапетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 317–329.

²² *Craswell R.* Op. cit.

бор негативной модели для лица, не нарушившего договор, когда расходы на исполнение превышают позитивный интерес. Фуллер и Пердью отвечают отрицательно на этот вопрос.

Но ответ этот не кажется очевидным. Например, если подрядчик взялся провести работы, но в процессе цены на материалы изменились. Подрядчик не поставил вопрос об изменении договора, исполнял свои обязательства надлежащим образом, тогда как заказчик свои исполнять не стал. В данном случае модель негативного интереса, или даже смешанная модель (расходы на исполнение и упущенная выгода), не выглядит абсурдно и, по крайней мере, должна обсуждаться.

Во второй группе возможных сценариев у нас возникают разные объекты посягательства: с одной стороны, умаляется право требования как имущественный актив, с другой — само ненадлежащее исполнение (или неисполнение) причиняет имущественный вред через повреждение иных активов кредитора. То есть если большое животное попадает в здоровое стадо и все стадо гибнет, то мы имеем, во-первых, нарушенное имущественное право стороны по договору, и это нарушение должно быть компенсировано, во-вторых, ненадлежащее исполнение становится инструментом причинения вреда.

Подобный подход позволяет приблизиться и к обоснованию позитивного интереса в случае признания сделки недействительной по мотиву заключенности в результате обмана. Изначально у кредитора возникает полноценное имущественное право, которое впоследствии аннулирует суд (пусть и ретроактивно), но не по причине, что права не существовало, а потому, что ему никогда не суждено реализоваться. Право технически уничтожает суд, но причина кроется в обмане ответчика. Возложение на ответчика возмещения убытков по модели позитивного интереса кажется логичным. В противном случае тот, чей обман имел существенное значение, может оказаться в положении лучше, нежели лицо, чье нарушение, например неполное раскрытие информации о предмете договора, имело не столь сокрушительное значение для договора.

Это лишь одно из возможных объяснений. Важно понимать, что арсенал потенциально возможных способов защиты не раскрывает и исчерпывающим образом не описывает ни природу защищаемого права, ни защищаемый интерес²³. Модели, предложенные Л. Фуллером и У. Пердью, — это модели способов защиты. Они дают ответ на вопрос: как защищать? Но не отвечают на вопрос: что мы защищаем?

То есть признавая применимость того или иного средства защиты, мы не ставим точку в обосновании самого защищаемого интереса. Это, скорее, начало пути, чем финальный аккорд. Один из возможных вариантов ответа на вопрос о том, что же защищает правопорядок, санкционируя взыскание убытков за нарушение договора, — это озвученная выше идея о том, что правопорядок защищает имущественное право как наличествующий актив правообладателя.

3. Исторический контекст формирования модели позитивного интереса взыскания убытков при расторжении нарушенного договора

Цель настоящего раздела исследования — проследить генезис института договора, понять, в какой момент правопорядок позволил взыскивать убытки за нарушение договора по модели позитивного интереса, с какими историческими вехами развития этот поворот был связан, и адаптировать данные выводы к разрешению спорных ситуаций, в частности промежуточных остановок из начальной станции «деликт» в конечную станцию «договор».

3.1. Генезис простого договора в праве Англии

Институт неформального договора по английскому праву эволюционировал из соответствующего иска «о принятом на себя» (**action of assumpsit**), который в свою очередь получил развитие из деликтного иска «о правонарушении» (**action on trespass**)²⁴. Произошла данная трансформация в тот момент, когда жизнь обнаружила ситуации, при которых нарушенные права, очевидно, нуждались в защите, тогда как деликтный иск в его исконном виде не охватывал ситуацию нарушения прав, иск «о долге» также не мог быть заявлен, так как применялся для сугубо денежных требований, а иск «из договора за печатью» не мог быть применен ввиду отсутствия такового.

О. В. Холмс (O. W. Holmes, Jr.) приводит такой пример указанной выше ситуации. Кузнец поранил лошадь, когда подковывал ее. При этом ситуация не попадала под формулу деликтного иска о нарушении владения, потому как лошадь в момент правонарушения не находилась во владении собственника. Вместе с тем очевидно, что в данной ситуации неважно, держал ли собственник лошадь в узде либо оставил ее с кузнецом, и в том, и в другом случае собственник нуждался в правовой защите.

Во второй половине XIII в. при Эдуарде I было разрешено применять иски о правонарушении по аналогии к ситуациям, которые формально не подпадали под формулу данного иска, а по существу — к защите прав стороны по неформальному договору²⁵. Позднее указанный иск приобрел самостоятельную форму — иск «о принятом на себя» (**action of assumpsit**). Примером применения данного иска могут быть следующие ситуации: паромщик взялся

²³ Calabresi G., Melamed A. D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.

²⁴ Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012. P. 5.

²⁵ Holmes O. W. The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. P. 243–245.

перевезти лошадь, но паром перевернулся и лошадь погибла²⁶, врач взялся лечить лошадь, но действовал, очевидно, небрежно, в результате чего лошадь погибла²⁷.

Стоит отметить, что примерно с 1400 г. фактором, сдерживающим развитие сферы действия иска о принятом на себя, а значит, и института неформального договора, являлось правило об отсутствии ответственности за бездействие в случае принятия на себя обязательства. Ответственность наступала лишь за неправомерное действие²⁸. Однако с течением времени исключения стали настолько многочисленными, что позволили переформулировать общее правило на прямо противоположное. Произошло это, по мнению А. В. Б. Симпсона (A. W. B. Simpson), в 1530 г.²⁹ Окончательно же идея обязательности простого консенсуального договора была закреплена в деле *Pickering v Thoroughgood*³⁰ в 1532 г.³¹

Для понимания генезиса института неформального договора необходимо разобраться в значении термина *assumpsit*. Сам термин, как и его французский эквивалент *empris*, имеет сходное значение с латинским *manucepit*, откуда происходит и римская манципация. Буквально данный термин переводится как «взять в руки». И хотя впоследствии *assumpsit* приобрел на практике фигуральное значение в смысле принятия на себя обязательства или ответственности, в практике английских судов встречается упоминание *assumpsit* в его буквальном значении. В данном случае ответственность возникает с момента получения контроля над вещью (например, *Coggs v Bernard* (1703)). Не получив своего развития в договорном праве, данный подход укоренился в деликтном праве. Например, отправляясь с чужими детьми на прогулку, я тем самым принимаю ответственность за их безопасность и при необходимости должна предпринять максимум усилий для их спасения³².

А. В. Б. Симпсон, анализируя смысл указанного термина, приходит к выводу о его нетождественности соглашению сторон, так как средневековые юристы для обозначения соглашения сторон использовали вполне определенную и недвусмысленную терминологию: *convencio*, *covenant*. *Assumpsit* же использовалось в следующих контекстах.

Во-первых, в прецедентах, начиная с XV в., *assumpsit* использовался в случаях, когда лицо принимало ответственность за наступление события, в том числе за чужое исполнение, а также и за свое исполнение, вне зависимости от своей вины и возможности влиять на факт наступления указанного события³³. Во-вторых, можно найти упоминания об *assumpsit*, когда ответчик становился ответственным за свои собственные действия вследствие данного обещания, но ответственность не была при этом столь строгой, как в первом случае, то есть фактор вины имел значение³⁴. Характерным примером в данном случае может послужить ранее упомянутое дело *The Marshal's Case (Waldon v Marshall)* (1370)³⁵.

Хотя и нельзя безусловно утверждать, что идея соглашения вообще чужда английскому праву³⁶, вместе с тем стоит отметить, что идея соглашения, соединения воли сторон в едином акте исторически не характерна для английского договорного права.

²⁶ *Bukton v Townsend* (1348). Данный прецедент более известен как *The Case of the Humber Ferryman*. Стоит отметить, что в данном деле еще не артикулируются идеи обязательства, обязанности, соглашения, обещания. Если переводить текст дословно, то речь идет о том, что «перевозчик принял кобылу для безопасной перевозки», но никак не «перевозчик принял обязательство перевезти кобылу» (см.: *Simpson A. W. B. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Oxford, 1996. P. 211).

²⁷ *Waldon v Marshall* (1370). В этом же деле уже подчеркивается идея обязательства, невыполнения обязанности (см.: *Holmes O. W. Op. cit.* P. 243–245; *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 211).

²⁸ Данное правило напоминает правило римского права: критерий ответственности по обязательствам *dare — factum debitoris* (должник отвечает за собственные действия, но не отвечает за упущения). См.: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 448.

²⁹ *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 249–250.

³⁰ *Spelman J.* *The Reports of Sir John Spelman*. Selden Society, 1977.

³¹ *Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. P. 5.

³² *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 216–218.

³³ Именно в этом смысле в XV в. понятие *assumpsit* использовалось для обозначения возложения обязанности посредством формального договора уплатить штраф в случае неисполнения обязанности третьим лицом, при этом ответственность носила строгий характер, фактор вины в расчет не принимался. Для неформального договора осознание возможности такой конструкции пришло позднее. В частности, С. Будылин данный момент отождествляет с делом *Stuart v Wilkins* (1778) 1 Doug. 18 со ссылкой на *Street T. A.* (*Street T. A. The Theory and Principles of Tort Law*. 1999 [reprinted 1900 edition]. P. 389). См.: *Будылин С. Л.* Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом. *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*, 2016. № 3. С. 96–133; № 4. С. 52–111. А. Симпсон считает, что закрепление невозможности исполнения в связи с вмешательством сил Бога произошло в деле *Laughter's Case* (1594), при этом уже в данном кейсе проводится дифференциация указанной позиции и ссылки ответчика на отсутствие вины, которая не являлась извинительной (см.: *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 526).

³⁴ В этой связи стоит упомянуть *the action for deceit* (иск из обмана), эволюция которого происходила параллельно *assumpsit* также из деликтного иска (*action on trespass*). Область применения в основном касалась недостоверных заверений о качестве, а также иных утверждений, являвшихся стимулом для вступления в договор и впоследствии оказавшихся ложными, как результат обмана контрагента. Исковая форма кристаллизовалась *Garrok v Heytesbery* (1387) и во многом предопределила развитие института заверений и гарантий.

³⁵ *Simpson A. W. B. Op. cit.* P. 216–217.

³⁶ Так в деле 1550 г. *Reniger v Fogossa* (1550) Plo 1, 17 содержится следующее рассуждение о природе договора: "*Agreementum is a word compounded of two words, viz of aggregatio and mentium, so that agreementum est aggregatio mentium in re aliqua facta vel facienda. And so by the contraction of two words, and by the short pronunciation of them they are made one word, viz agreementum, which is no other than a union, collection, copulation, and conjunction of two or more minds in anything done or to be done*". Что представляет собой выражение основной идеи волевой теории (договор выражается в соглашении, то есть в соединении воли), выраженной между тем задолго до рецепции английским правом естественно-правовых концепций (см.: *Swain W.* *The Law of Contract*, 1670–1870. Cambridge, 2015. P. 181).

Таким образом, исторически ключевым понятием для простого договора являлось обещание, невыполнение которого причинило имущественный вред лицу, рассчитывавшему на его исполнение.

То есть в самых ранних кейсах, когда суд вставал на защиту простого обещания, фактор доверия реципиента индуцировал такую защиту. При этом убытки в данных кейсах взыскивались изначально по модели негативного интереса, модель позитивного интереса начала пробивать себе дорогу постепенно, параллельно с признанием правопорядком обязательности принятого на себя обещания через доктрину встречного предоставления (*consideration*). Одно из первых судебных дел, в котором суд присудил убытки по модели позитивного интереса *Shepton v Dogge*³⁷. Ответчик пообещал истцу продать земельный участок за 110 фунтов, но продал его третьему лицу. В итоге суд взыскал убытки в размере 20 фунтов. Данный размер убытков имеет единственное разумное объяснение — суд взыскал абстрактные убытки, составляющие разницу в рыночной цене, тогда как 110 фунтов либо были возвращены, либо вовсе не выплачивались. Впоследствии таких кейсов становилось больше³⁸.

Конечно, важно понимать, что английское право в принципе и особенно на ранних этапах развития не склонно к догматике, английским судьям не свойственно желание найти для каждого правового феномена полку в пандектном шкафу. Но даже и выделение правового феномена требует известной степени абстракции и стремления к систематизации, к чему английские судьи в XV–XVII в. не стремились, по крайней мере явно. Они лишь разрешали споры от случая к случаю. Поэтому важно избегать категоричных выводов, между тем траекторию движения правовой мысли мы уловить можем.

Выводы

Нарушенное обещание при условии доверия адресата из состава, подразумевающего деликтную ответственность и возможности взыскать убытки по модели негативного интереса, в английском праве со временем трансформировалось в самостоятельный институт — договор, подразумевающий взыскание убытков по модели позитивного интереса. Произошло это одновременно или, правильнее сказать, параллельно с признанием правопорядком обязательности договора через доктрину встречного предоставления³⁹.

Чтобы ответить на вопрос, каким образом доктрина встречного предоставления связана с возможностью удовлетворения иска о взыскании убытков по модели позитивного интереса, необходимо разобраться в функционале встречного предоставления.

Пока лишь зафиксируем, что позитивный интерес отнюдь не является атрибутом нарушения обязанности, принятой на себя добровольно, между этими звеньями есть еще звенья в исторической цепи событий, приведших в конечном итоге к формированию модели позитивного интереса.

3.2. Доктрина встречного предоставления

Consideration или встречное предоставление — доктрина английского договорного права по сей день является предметом споров и жарких дискуссий.

На предмет происхождения доктрины встречного предоставления существуют две антагонистические точки зрения. Сторонники одной традиционно ассоциируют *consideration* с описанной выше каузой и предполагают, что английские судьи в XVI в.⁴⁰ заимствовали данную идею, модифицировав ее сообразно практическим нуждам. Стоит отметить, в начале XIX в. такая точка зрения была довольно распространена среди английских юристов. Так, следующие английские юристы связали *consideration* с каузой: Кент (Kent), Пауэлл (Powell), Тэйлор (Taylor), У. Стори (William Story), Комин (Comyn), Парсонс (Parsons), Смит (Smith)⁴¹. Вероятно, данные авторы вторили авторитетнейшему В. Блэкстоуну (W. Blackstone), связавшему *consideration* с цивилистической традицией и обозначившему данный институт английского права как мотив или причину договора (*motive*), сделав вместе с тем оговорку, что *consideration* есть мотив или причина обмена (*exchange*), подчеркивая тем самым, что английское право отвергает *causa donandi* как основание договора юридически обязывающего⁴².

Соотнесение каузы и *consideration* не кажется правильным и, главное, целесообразным Дж. Гордли. Согласно Дж. Гордли английская доктрина эволюционировала следующим образом. Первоначально, с момента становления доктрины в XVI в. и до XIX в., английские судьи даже не ставили задачи сформулировать некий общий концепт, вывести дефиницию. Перед судьями стояла вполне практическая задача: ограничить принудительное исполнение обещаний из неформального договора, принудительное исполнение которых обеспечивалось иском *assumpsit*,

³⁷ (1442) B & M 390.

³⁸ *Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford, 2001. P. 129.*

³⁹ Впервые доктрина встречного предоставления была упомянута в деле *Joscelin v Shelton* (1557), по версии А. Симпсона: *Newman v Gylbert* (1549), см.: *Simpson A. W. B. Op. cit. P. 318–319.*

⁴⁰ Впервые доктрина встречного предоставления была упомянута в деле *Newman v Gylbert* (1549) по версии А. Симпсона: *Simpson A. W. B. Op. cit. P. 318–319.*

⁴¹ Ссылки на работы указанных авторов см.: *Gordley G. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 139.*

⁴² *Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. London, 1766. P. 242.*

а не объяснить причину обязательности обещаний, как в случае с каузой. То есть *consideration* являлось практическим инструментом, с помощью которого суды вставали на защиту тех обещаний, которые этого заслуживали, тогда как доктрина каузы изначально являлась в большей степени философским концептом, нежели утилитарным понятием⁴³. Попытки же дать определение встречному предоставлению были предприняты учеными гораздо позже, в конце XIX — начале XX в. на волне позитивистско-формалистических настроений. Основная задача таких дефиниций состояла в том, чтобы предложенная теория максимально обнимала все ранее разрешенные дела и не вступала в противоречие с имеющимися подходами, сформированными судами.

Подчас в угоду концептуализму суды были готовы изменить позиции, сформированные предшественниками по той причине, что они не укладывались в рамки идеи обмена. Примером может послужить ситуация с актом распоряжения имуществом по случаю заключения брака (*marriage settlements*), который в определенный момент перестал подлежать принудительному исполнению⁴⁴.

В поиске теоретического обоснования доктрины встречного предоставления нельзя обойти стороной и классическую работу Л. Фуллера «Встречное предоставление и форма»⁴⁵. В ней автор выдвигает теорию, согласно которой встречное предоставление играет двоякую роль: формальную и функциональную. При этом Л. Фуллер выделяет три основные функции встречного предоставления: доказательственную (встречное предоставление как доказательство существования юридически обязывающего договора), предупреждающую (помочь сторонам осознать, что вступили в юридически обязывающий договор), процедурную (посредством встречного предоставления обеспечивается процесс перехода соглашения сторон в стадию юридически обязывающего договора)⁴⁶.

Можно заключить, что встречное предоставление играет как сугубо процедурную роль, так и материальную. В материальном плане встречное предоставление воплощает идею возмездности, в процедурном — роль формы и определенности отношений.

Встречное предоставление стояло у ворот признания правопорядком ценности обещания как такового. Индикатором признания ценности обещания является защита обещания по модели позитивного интереса. Функции встречного предоставления важны для понимания того, способен ли современный правопорядок предложить по некоторым функциям суррогаты, а от иных возможно и отказаться.

Выводы

Функционально, если проводить параллель с отечественным правопорядком, встречное предоставление реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно нашей гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора. Отчасти эту гипотезу подтверждает развернувшаяся полемика в англо-американском дискурсе о возможности взыскания убытков по модели позитивного интереса в тех ситуациях, когда применима доктрина эстоппель.

Там, где мы констатируем разумность и обоснованность ожиданий кредитора, мы неизбежно видим полноценное имущественное право требования, которое имеет свою стоимостную оценку. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения). Объяснение этому, как видно, не в классификации нарушения (деликт или нарушенный договор), а в объекте посягательства. Ведь право требования в условиях современного оборота является полноценным активом, входящим в имущественную массу обладателя, а никак не фантомным и сомнительным способом получить то, чем ты никогда не обладал.

Заключение

В заключение приведем основные выводы.

1. Реальный хозяйственный оборот представляет собой по большей части оборот прав требования, а не вещей. Поэтому ущемляя права требования, мы покушаемся на наличествующий актив пострадавшей стороны, а значит, взыскивая убытки по модели позитивного интереса, должны вернуть не то, чего никогда не было у пострадавшего, а напротив, восстановить его имущественное право. Следовательно, модель позитивного интереса не является атрибутом именно договора, она атрибутирует защиту права требования. Нарушено право может быть не только стороной договора, но и делинквентом, при этом убытки обоснованно будут исчисляться по модели позитивного

⁴³ *Gordley G.* Op. cit. P. 137–138; *Dawson J. P., Harvey W. B.* Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969. P. 166.

⁴⁴ *Smith S. A.* Reports on English law. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge, 2001. P. 51.

⁴⁵ *Fuller L. L.* Consideration and Form. Columbia Law Review, 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.

⁴⁶ *Fuller L. L.* Op. cit.

интереса (например, взыскание убытков, причиненных недобросовестной интервенцией в чужие договорные отношения).

2. Теоретически допустимо конкурирование моделей возмещения убытков. Первый сценарий — это превышение доказанных расходов на исполнение над доказанным позитивным интересом, второй — негативные экстерналии ненадлежащего исполнения, повлекшие вред, превышающий заранее определенный позитивный интерес.

В первом сценарии правопорядок может предоставить выбор пострадавшей стороне вернуться в исходную позицию, если притязания по модели позитивного интереса оказываются менее выгодными или сложнее доказываемыми. Но в этой ситуации убытки, защищающие доверие, являются своего рода alter ego убытков из ожидания.

Во втором случае у нас возникают разные объекты посягательства: с одной стороны, умаляется право требования как имущественный актив, с другой — само исполнение (или неисполнение) причиняет имущественный вред.

Кроме того, правопорядок не должен создавать ситуации, когда нарушитель извлекает выгоду из своего упречного поведения, иногда это возможно только путем предоставления пострадавшему лицу права выбора модели защиты. Например, в ситуации признания сделки недействительной по причине недостоверных заверений продавца поведение продавца явно упречнее, чем в сценарии отказа от договора по той же причине.

3. В качестве идеологического фундамента для выбора решения правопорядком выдвинем идею о том, что либертарианской идеологии соответствует свобода возможности выбора модели взыскания убытков и идея общей превенции нарушения договора. Но подобный взгляд возможно примирить с идеей минимизации насилия, только если рассматривать нарушенное право в качестве наличествующего актива пострадавшей стороны.

4. Исторически нарушенное обещание при условии доверия адресата из состава, подразумевающего деликтную ответственности и возможности взыскать убытки по модели негативного интереса, со временем трансформировалось в самостоятельный институт — договор, подразумевающий взыскание убытков по модели позитивного интереса. Произошло это параллельно с признанием правопорядком доктрины встречного предоставления.

5. Функционально, если проводить параллель с отечественным правопорядком, встречное предоставление реализует идею возмездности, формы договора, сигнализирующей о наступлении юридически обязывающих отношений, а также достижения сторонами взаимной определенности отношений. Возмездность, требуемая форма и определенность, согласно нашей гипотезе, и есть тот политико-правовой набор, что в историческом контексте оправдывает разумность ожиданий кредитора, которая и открывает дверь для реализации модели позитивного интереса при взыскании убытков при нарушении договора.

6. Сомнительной представляется и сама категоризация, предложенная Фуллером и Пердю. Она теряет всякий смысл при восприятии права требования в качестве актива пострадавшей стороны. Модель не отвечает на вопрос «Что мы защищаем?». Она скорее отвечает на вопрос «Как мы защищаем?». Отсутствует очевидная корреляция с идеологией. Применение моделей порождает множество «серых зон», когда модели невозможно разграничить.

Литература

1. *Бачинин В. А.* Метафизическая культурология права и юридические артефакты. Формирование дисциплинарного пространства культурологи: материалы научно-методической конференции, 16 января 2001. СПб.: Санкт-Петербургское философское общество, 2001. Вып. 11. С. 10–15. Серия: Symposium.
2. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М, 1998. 624 с.
3. *Будылин С. Л.* Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. Ч. 1. № 3. С. 96–133. Ч. 2. № 4. С. 52–111.
4. *Будылин С. Л.* Исторические корни договорного права США. Международное публичное и частное право, 2009. № 4. С. 32–35.
5. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты. М.: Статут, 2005. 812 с.
6. *Гегель Г.* Философия права. URL: <https://e-libra.su/read/362194-filosofiya-prava.html> (дата обращения: 13.06.2021).
7. *Гроций Г. О.* Право войны и мира. М.: Ладомир, 1994. 868 с.
8. *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004. 392 с.
9. *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы. Российский ежегодник сравнительного права. СПб, 2008. № 1. С. 7–28.
10. *Дождев Д. В.* Удержание, законное владение и проблема приоритета. Юрист, 2014. № 19. С. 9–15.
11. *Иеринг Р.* Борьба за право. М., 1907. 64 с.
12. *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб., 1875. 321 с.
13. *Иеринг Р.* Интерес и право. Приложения: 1. Пассивные действия прав; 2. Цель в праве: пер. с нем. Ярославль, 1880. 300 с.
14. *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб.: Издание Н. В. Муравьева, 1881. Т. 1. 412 с.
15. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.
16. *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики: очерки о реформе и размышления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.

17. *Кант И.* Собрание сочинений: в 8 т. Издательство «Чоро», 1994. Т. 6. 612 с.
18. *Карапетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.
19. *Карапетов А. Г.* Политика и догматика гражданского права [Электронный ресурс]: исторический очерк. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
20. *Кирпичев А. Е.* Неклассические теории договора (договор-обещание, дискретные, реляционные и сетевые договоры) в контексте новой редакции ГК «России» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
21. *Лебедев А. В.* Аристотель. Новая философская энциклопедия [Ин-т философии РАН, Нац. обществ.-науч. фонд]. 2-е изд., испр. и доп. М.: Мысль, 2010. Т. 1. 744 с.
22. *Макарова Р. В.* Определение договора как обещания в англо-американском правовом дискурсе. Международный научно-исследовательский журнал, 2017. № 6. С. 65–66.
23. *Макарова Р. В.* К проблеме соотношения взаимности, возмездности и английского встречного предоставления (consideration). Ленинградский юридический журнал, 2018. № 1 (51). С. 108–118.
24. *Маковская А. А.* Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции. Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. № 8. С. 76–101.
25. *Маркс К., Энгельс Ф.* Экономическо-философские рукописи 1844 года. Соч. Т. маркс42.
26. *Милль Дж. С.* О свободе. URL: [http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O svobode.pdf](http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O%20svobode.pdf) (дата обращения: 13.06.2021).
27. *Познер Р. А.* Экономический анализ права. СПб, 2004. Т. 1. 522 с.
28. *Полдников Д. Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII вв. М., 2013.
29. *Ролз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск: изд-во НГУ, 1995. 523 с.
30. *Ротбард М.* Власть и рынок: государство и экономика. Челябинск: Социум, 2003.
31. *Сен А.* Идея справедливости. М.: Издательство Института Гайдара, 2016. 518 с.
32. *Халфина Р. О.* Договор в английском гражданском праве. М.: Издательство Академии наук СССР, 1959. 319 с.
33. *Харт Г. Л. А.* Понятие права. СПб, 2007. 300 с.
34. *Цвайгерт К., Кертц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М.: Международные отношения, 2000. 480 с.
35. *Anson W.* Principles of the Law of Contract / Ed. by Corbin. 1919. 678 p.
36. *Anson W.* Principles of the law of contract. Chicago, 1880. 567 p.
37. *Anson's law of contract Edition / Ed. by J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright.* 29th ed. Oxford University Press, 2010. 849 p.
38. *Atiyah P. S.* An Introduction to The Law of Contract. Clarendon Press, 1961. 246 p.
39. *Atiyah P. S.* Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement. Canberra, 1971. 61 p.
40. *Atiyah P. S.* Essays in Contract. Clarendon Press, 1990. 396 p.
41. *Atiyah P. S.* Promises, Morals and the Law. Oxford : Oxford University Press, 1981. 226 p.
42. *Atiyah P. S.* The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford : Clarendon Press, 1979. 792 p.
43. *Andrews N.* Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies. London : Sweet & Maxwell, 2017.
44. *Barnett R. E.* Contract is Not Promise; Contract is Consent. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper. P. 11–29.
45. *Becker M. E.* Promissory Estoppel Damages. Hofstra Law Review. 1987. № 16.
46. *Bix B.* Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality: Comments on Charles Fried. Suffolk University Law Review. 2012. No. 3. P. 719–734.
47. *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. London, 1766. Vol. 1. 702 p.
48. *Buckland W. W.* Roman Law and common law a comparison in outline. Cambridge University Press, 1965. 439 p.
49. *Burrows A.* A Restatement of the English law of contract. Oxford, 2016. 320 p.
50. *Burrows A.* Understanding the law of obligations essays on contract, tort and restitution. Hart Publishing Oxford, 1998. 248 p.
51. *Calabresi G., Melamed A. D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.
52. *Charman M.* Contract Law. Fourth edition. Willan Publishing, 2007. 340 p.
53. *Chitty on Contracts.* 32nd ed. Vol.1. General Principles Sweet& Maxwell, 2016. 2561 p.
54. *Collins H.* The Law of Contract. 3rd ed. Butterworths, 1997. 408 p.
55. *Cooter R., Ulen T.* Law & Economics. Pearson Education, 2008. 555 p.
56. *Craswell R.* Against Fuller and Perdue. U. Chi. L. Rev. Vol. 67. 2000. Iss. 1. P. 99–161.
57. *Dawson J. P., Harvey W. B.* Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969.
58. *Epstein R. A.* Defense of the Contract at Will. U. CHI. L. Rev. 1984. No. 51. P. 947–953.
59. *Feinman J. M* The Last Promissory Estoppel Article. Fordham L. Rev. 1992. No. 61.
60. *Fried C.* Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. Oxford University press, 2015. 200 p.
61. *Fuller L. L.* Consideration and Form. Columbia Law Review. 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.
62. *Fuller L. L.* The Reliance Interest in Contract Damages. Yale Law Journal. 1937. No. 2. P. 373–420.

63. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012.
64. *Friedmann W. G.* Some Reflections on Status and Freedom. Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound 236 / Ed. by Ralph A. Newman. 1962.
65. *Gilbert M.* Three Dogmas about Promising. Promises and Agreements. Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. 409 p.
66. *Gilbert M.* Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon. Midwest Studies in Philosophy. 1990. No. 1. P. 1–14.
67. *Gilmore G.* The Death of Contract. The Ohio State University Press, 1995. 182 p.
68. *Goetz C. J., Scott R. E.* Principles of Relational Contracts. Virginia Law Review. 1981. Vol. 67. No. 7. P. 1089–1150.
69. *Gordley J.* Enforcing Promises'. California Law Review. 1995. No. 83. P. 547–614.
70. *Gordley J.* Mistake in Contract Formation. The American Journal of Comparative Law. 2004. No. 52. P. 433–468.
71. *Gordley J.* The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge University Press, 2004. 478 p.
72. *Gordley G.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. 272 p.
73. *Hillman R. A.* The Richness Of Contract Law An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law. Springer Science+Business Media. B.V, 1997. 279 p.
74. *Holmes E.* Is There Life After Gilmore's Death of Contract-Inductions from a Study of Commercial Good Faith in First-Party Insurance Contracts. L. Rev. 1980. P. 330–350.
75. *Holmes O. W.* The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. 381 p.
76. *Hunt A.* The Theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. Vol. 6. No. 1. P. 1–45.
77. *Ibbetson D. J.* A historical introduction to the law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001. 352 p.
78. *Jenks E.* The History of the Doctrine of Consideration in English Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1892. 225 p.
79. *Jhering R.* In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Temple Law Quarterly. 1985. No. 58. P. 799–842.
80. *Kennedy D.* Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. Maryland Law Review. 1982. No. 41.
81. *Kennedy D.* Form and Substance in Private Law Adjudication. Harv L Rev 1685. 1976. No. 89. P. 1713–1722.
82. *Kronman A. T.* Paternalism and the Law of Contracts. The Yale Law Journal 1983. No. 5. P. 763–798.
83. Landmark Cases in the Law of Contract / Ed. by Ch. Mitchell and P. Mitchell. Oxford, 2008. 373 p.
84. *Langdell C. C.* Selection of Cases on the Law of Contracts. Boston: Little Brown & Co, 1871. 1022 p.
85. *Macneil I.* Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. Nw. U. L. Rev. Vol. 72. 1978. No. 6. P. 854–901.
86. *McKendrick E.* Contract Law Text, Cases and Materials. 5 ed. Oxford University Press, 2012. 1053 p.
87. *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Riemann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 339–382.
88. *Murray J. E.* Contract Theories and the Rise of Neoformalism. Fordham L. Rev. 2002. No. 71. P. 869–913.
89. *Murray Jr., Murray T.* Corbin on Contracts Desk Edition. Matthew Bender, 2017. 1885 p.
90. *Owens D.* The Problem with Promising. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 52–63.
91. *Pettit M. Jr.* Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. Hastings L J P. 1987. No. 38.
92. *Pollock F.* Principles of Contract at law and in equity. 1st American ed. Robert Clarke & Co, 1881. 718 p.
93. *Scanlon T. M.* Promises and Contracts / Ed by Peter Benson. Philosophy and Contract Law. Cambridge, 2000. (Manuscript on file with U Chi L Rev).
94. *Sandel M.* Justice: What's the right thing to do? New York, 2009. 320 p.
95. *Sen A.* Well-being, Agency and Freedom. The Dewey Lectures. 1984. J. of Philosophy. 1985. No. 4. P. 169–221.
96. *Sheinman H.* Introduction. Promises and Agreements : Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 3–58.
97. *Simpson A. W. B.* A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Clarendon Press Oxford, 1996. 646 p.
98. *Smith S.* A Reports on English law / Ed. by J. Gordley. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 478 p.
99. *Spelman J.* The Reports of Sir John Spelman. Vol. 1 & 2. Selden Society, 1977. 238 p.
100. *Treitel G.* The Law of Contract. 13th ed. 2011. 1212 p.
101. *Verkerke J. H.* Contract Doctrine, Theory & Practice. CALI eLangdell Press, 2012. Vol. 1. 155 p.
102. *Vitek W.* Promising. Philadelphia: Temple University Press, 1993. 270 p.
103. *Waddams S.* Principle in Contract Law: the Doctrine of Consideration. Exploring Contract Law / Ed. by J. Neyers, R. Bronaugh, S. Pitel. Oxford, 2009. P. 61–75.
104. *Whitford W. C., Macaulay S., Hoffman V.* Red Owl Stores: The Rest of the Story. Hastings L. J. 2009–2010. Vol. 61. P. 802–854.
105. *Zimmermann R.* The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. The rustica press (pty) ltd, ndabeni, cape. 1992. 1142 p.

106. *Zumbansen P.* Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007. Vol. 14. No. 2. P. 181–190.
107. *Allen H.* Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Электронный ресурс] / Ed. by N. Z Edward. Spring Edition, 2014. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/promises> (дата обращения: 13.06.2021).
108. *Hume D. A.* A Treatise on Human Nature [Электронный ресурс] / Ed. by L. A. Selby-Bigge. Oxford : Clarendon Press. URL: http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm#link2H_4_0092 (дата обращения: 13.06.2021).
109. *Lorenzen E. G.* Causa and Consideration in the Law of Contracts (1919) [Электронный ресурс]. Faculty Scholarship Series. Paper 4560. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4560 (дата обращения: 13.06.2021).
110. *Scott R. E.* Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance [Электронный ресурс]. Essay in a symposium on “Commercial Calamities”. *Ohio State L. J.* 1, 2007. No. 68. URL: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/contract-economic-organization/files/working-papers/Hoffman%203.0%20final.pdf> (дата обращения: 13.06.2021).

References

1. Bachinin, V. A. Metaphysical culturology of law and legal artifacts. Formation of a disciplinary space for culturologists: Proceedings of the scientific and methodological conference, January 16, 2001 [Metafizicheskaja kul'turologija prava i juridicheskie artefakty. Formirovanie disciplinarnogo prostranstva kul'turologi : Materialy nauchno-metodicheskoi konferencii, 16 janvarja 2001]. St. Petersburg: St. Petersburg Philosophical Society [Sankt-Peterburgskoe filosofskoe obshhestvo], 2001. No. 11. P. 10–15. Symposium Series.
2. Berman, G. J. Western tradition of law: the era of formation [Zapadnaja tradicija prava: jepoha formirovanija]. M.: Infra-M, 1998. 624 p.
3. Budylin, S. L. Tort or breach of contract? Representations and warranties in Russia and abroad [Delikt ili narushenie dogovora? Zaverenija i garantii v Rossii i za rubezhom.]. *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation* [Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii]. 2016. Part 1. No. 3. P. 96–133; Part 2. No. 4. P. 52–111.
4. Budylin, S. L. Historical roots of US contract law [Istoricheskie korni dogovornogo prava SShA]. *International Public and Private Law* [Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe parvo]. 2009. No. 4. P. 32–35.
5. Garcia Garrido, M. H. Roman private law: Incidents, claims, institutions [Rimskoe chastnoe pravo: Kazusy, iski, instituty]. M. : Statut, 2005. 812 p.
6. Hegel, G. Philosophy of law [Filosofija prava]. URL: <https://e-libra.su/read/362194-filosofiya-prava.html> (дата обращения: 01.02.2023).
7. Grotius, G. O. The right of war and peace [Pravo vojny i mira]. M.: Ladomir, 1994. 868 p.
8. Dvorkin, R. Seriously about rights [O pravah vs'er'ez]. M., 2004. 392 p.
9. Dozhdev, D. V. Comparative law: state and prospects [Srvnitel'noe pravo: sostojanie i perspektivy]. *Russian Yearbook of Comparative Law* [Rossijskij ezhegodnik sravnitel'nogo prava]. St. Petersburg, 2008. No. 1. P. 7–28.
10. Dozhdev, D. V. Retention, legal possession and the problem of priority [Uderzhanie, zakonnoe vladenie i problema prioriteta]. *Lawyer* [Jurist]. 2014. No. 19. P. 9–15.
11. Ihering, R. Struggle for the right [Bor'ba za parvo]. M., 1907. 64 p.
12. Ihering, R. The spirit of Roman law at various stages of its development [Duh rimskogo prava na razlichnyh stupenjah ego razvitiya]. Part 1. St. Petersburg, 1875. 321 p.
13. Ihering, R. Interest and law. Applications: 1. Passive actions of rights. 2. Purpose in law: lane. with him [Interes i pravo. Prilozhenija: 1. Passivnye dejstvija prav. 2. Cel' v prave: per. s nem]. Yaroslavl, 1880. 300 p.
14. Ihering, R. Purpose in law [Cel' v prave]. St. Petersburg: Edition of N. V. Muravyov, 1881. V. 1. 412 p.
15. Ioffe, O. S. Obligation law [Objazatel'stvennoe parvo]. M.: Yurid. lit., 1975. 880 p.
16. Calabresi, G. The future of law and economics: essays on reform and reflections [Budushhee prava i jekonomiki: ocherki o reforme i razmyshlenija]. M.: Publishing House of the Gaidar Institute, 2016.
17. Kant, I. Collected works in eight volumes [Sobranie sochinenij v vos'mi tomah]. Choro Publishing House [Izdatel'stvo Choro], 1994. Vol. 6. 612 p.
18. Karapetov, A. G. Economic analysis of law [Jekonomicheskij analiz prava]. M.: Statut, 2016.
19. Karapetov, A. G. Politics and dogma of civil law [Politika i dogmatika grazhdanskogo prava] [Electronic resource]: historical essay. Access from ATP “ConsultantPlus”. (Access date: 01.02.2023.)
20. Kirpichev, A. E. Non-classical theories of the contract (contract-promise, discrete, relational and network contracts) in the context of the new edition of the Civil Code of Russia [Neklassicheskie teorii dogovora (dogovor-obeshhanie, diskretnye, reljacionnye i setevye dogovory) v kontekste novoj redakcii GK Rossii] [Electronic resource]. Access from ATP “Consultant Plus”. (Access date: 01.02.2023.)
21. Lebedev, A. V. Aristotle. *New Philosophical Encyclopedia* [Aristotel'. Novaja filosofskaja jenciklopedija]. [Inst. of Philosophy RAS, Nat. social-scientific Fund]. 2nd ed., rev. and additional M.: Thought, 2010. Vol. 1. 744 p.

22. Makarova, R. V. Definition of a contract as a promise in the Anglo-American legal discourse [Opredelenie dogovora kak obeshhanija v anglo-amerikanskom pravovom diskurse]. International research journal [Mezhdunarodnyj nauchno-issledovatel'skij zhurnal]. 2017. No. 6. P. 65–66.
23. Makarova, R. V. On the problem of the relationship of reciprocity, compensation and English consideration (consideration) [K probleme sootnoshenija vzaimnosti, vozmeznosti i anglijskogo vstrechnogo predostavljenija (consideration)]. Leningrad legal journal [Leningradskij juridicheskij zhurnal]. 2018. No. 1 (51). P. 108–118.
24. Makovskaya, A. A. Reform of contract law in France. New provisions of the French Civil Code [Reforma dogovornogo prava vo Francii. Novye polozhenija Grazhdanskogo kodeksa Francii]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii]. 2016. No. 8. P. 76–101.
25. Marx, K., Engels, F. Economic and philosophical manuscripts of 1844 [Jekonomicheskoe-filosofskie rukopisi 1844 goda]. Op. T. marx42.
26. Mill, J. S. About freedom [O svobode] [Electronic resource]. URL: http://www.civisbook.ru/files/File/Mill.O_svobode.pdf.
27. Pozner, R. A. Economic analysis of law [Jekonomicheskij analiz prava]. St. Petersburg, 2004. T. 1. 522 p.
28. Poldnikov, D. Yu. Institute of the contract in the legal science of Western Europe XI–XVIII centuries [Institut dogovora v pravovoj nauke Zapadnoj Evropy XI–XVIII vv.]. M., 2013.
29. Rawls, J. Theory of justice [Teorija spravedlivosti]. Novosibirsk: publishing house of NSU, 1995. 523 p.
30. Rothbard, M. Power and market: State and economy [Vlast' i ryнок: Gosudarstvo i jekonomika]. Chelyabinsk: Sotsium, 2003.
31. Sen, A. The idea of justice [Ideja spravedlivosti]. M.: Gaidar Institute Publishing House, 2016. 518 p.
32. Khalfina, R. O. Contract in English civil law [Dogovor v anglijskom grazhdanskom prave]. M.: Publishing House of the Academy of Sciences of the USSR, 1959. 319 p.
33. Hart, G. L. A. The concept of law [Ponjatie prava]. St. Petersburg, 2007. 300 p.
34. Zweigert, K., Kötz, H. Introduction to comparative law in the field of private law: in 2 vols [Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: v 2 t.]. M.: International relations, 2000. 480 p.
35. Anson, W. Principles of the Law of Contract / Ed. by Corbin. 1919. 678 p.
36. Anson, W. Principles of the law of contract. Chicago, 1880. 567 p.
37. Anson's law of contract Edition / Ed. by J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright. 29th ed. Oxford University Press, 2010. 849 p.
38. Atiyah, P. S. An Introduction to The Law of Contract. Clarendon Press, 1961. 246 p.
39. Atiyah, P. S. Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement. Canberra, 1971. 61 p.
40. Atiyah, P. S. Essays in Contract. Clarendon Press, 1990. 396 p.
41. Atiyah, P. S. Promises, Morals and the Law. Oxford: Oxford University Press, 1981. 226 p.
42. Atiyah, P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1979. 792 p.
43. Andrews, N. Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies. London : Sweet & Maxwell, 2017.
44. Barnett, R. E. Contract is Not Promise; Contract is Consent. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper. P. 11–29.
45. Becker, M. E. Promissory Estoppel Damages. Hofstra Law Review. 1987. No. 16.
46. Bix, B. Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality: Comments on Charles Fried. Suffolk University Law Review. 2012. No. 3. P. 719–734.
47. Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. London, 1766. Vol. 1. 702 p.
48. Buckland, W. W. Roman Law and common law a comparison in outline. Cambridge University Press, 1965. 439 p.
49. Burrows, A. A Restatement of the English law of contract. Oxford, 2016. 320 p.
50. Burrows, A. Understanding the law of obligations essays on contract, tort and restitution. Hart Publishing Oxford, 1998. 248 p.
51. Calabresi, G., Melamed A. D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. Harvard Law Review. 1972. Vol. 85. P. 1089–1128.
52. Charman, M. Contract Law. Fourth edition. Willan Publishing, 2007. 340 p.
53. Chitty on Contracts. 32nd ed. Vol. 1. General Principles Sweet& Maxwell, 2016. 2561 p.
54. Collins, H. The Law of Contract. 3rd ed. Butterworths, 1997. 408 p.
55. Cooter, R., Ulen T. Law & economics. Pearson Education, 2008. 555 p.
56. Craswell, R. Against Fuller and Perdue. U. Chi. L. Rev. Vol. 67. 2000. Iss. 1. P. 99–161.
57. Dawson, J. P., Harvey W. B. Cases on Contracts and Contract Remedies. New York, 1969.
58. Epstein, R. A. Defense of the Contract at Will. U. Chi. L. Rev. 1984. No. 51. P. 947–953.
59. Feinman, J. M. The Last Promissory Estoppel Article. Fordham L. Rev. 1992. No. 61.
60. Fried, C. Contract As Promise: a Theory of Contractual Obligation. Oxford University press, 2015. 200 p.
61. Fuller, L. L. Consideration and Form. Columbia Law Review. 1941. Vol. 41. No. 5. P. 799–824.
62. Fuller, L. L. The Reliance Interest in Contract Damages. Yale Law Journal. 1937. No. 2. P. 373–420.

63. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract / Historical Introduction. Oxford, 2012.
64. Friedmann, W. G. Some Reflections on Status and Freedom. Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound 236 / Ed. by Ralph A. Newman. 1962.
65. Gilbert, M. Three Dogmas about Promising. Promises and Agreements. Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. 409 p.
66. Gilbert, M. Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon. Midwest Studies in Philosophy. 1990. No. 1. P. 1–14.
67. Gilmore, G. The Death of Contract. The Ohio State University Press, 1995. 182 p.
68. Goetz, C. J., Scott, R. E. Principles of Relational Contracts. Virginia Law Review. 1981. Vol. 67. No. 7. P. 1089–1150.
69. Gordley, J. Enforcing Promises'. California Law Review. 1995. No. 83. P. 547–614.
70. Gordley, J. Mistake in Contract Formation. The American Journal of Comparative Law. 2004. No. 52. P. 433–468.
71. Gordley, J. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge University Press, 2004. 478 p.
72. Gordley, G. The philosophical origins of modern contract doctrine. Oxford: Oxford University Press, 2001. 272 p.
73. Hillman, R. A. The Richness Of Contract Law An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law. Springer Science+Business Media. B.V, 1997. 279 p.
74. Holmes, E. Is There Life After Gilmore's Death of Contract-Inductions from a Study of Commercial Good Faith in First-Party Insurance Contracts. L. Rev. 1980 P. 330–350.
75. Holmes, O. W. The Common Law. University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. 381 p.
76. Hunt, A. The Theory of Critical Legal Studies. Oxford Journal of Legal Studies. 1986. Vol. 6. No. 1. P. 1–45.
77. Ibbetson, D. J. A historical introduction to the law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001. 352 p.
78. Jenks, E. The History of the Doctrine of Consideration in English Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1892. 225 p.
79. Jhering, R. In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Temple Law Quarterly. 1985. No. 58. P. 799–842.
80. Kennedy, D. Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. Maryland Law Review. 1982. No. 1.
81. Kennedy, D. Form and Substance in Private Law Adjudication. Harv L Rev 1685. 1976. No. 89. P. 1713–1722.
82. Kronman, A. T. Paternalism and the Law of Contracts. The Yale Law Journal 1983. No. 5. P. 763–798.
83. Landmark Cases in the Law of Contract / Ed. by Ch. Mitchell and P. Mitchell. Oxford, 2008. 373 p.
84. Langdell, C. C. Selection of Cases on the Law of Contracts. Boston: Little Brown & Co, 1871. 1022 p.
85. Macneil, I. Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. Nw. U. L. Rev. Vol. 72. 1978. No. 6. P. 854–901.
86. McKendrick, E. Contract Law Text, Cases and Materials. 5 ed. Oxford University Press, 2012. 1053 p.
87. Michaels, R. The Functional Method of Comparative Law. Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Riemann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 339–382.
88. Murray, J. E. Contract Theories and the Rise of Neoformalism. Fordham L. Rev. 2002. No. 71. P. 869–913.
89. Murray, Jr., Murray, T. Corbin on Contracts Desk Edition. Matthew Bender, 2017. 1885 p.
90. Owens, D. The Problem with Promising. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 52–63.
91. Pettit, M. Jr. Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interest in Contract Damages. Hastings L J P. 1987. No. 38.
92. Pollock, F. Principles of Contract at law and in equity. 1st American ed. Robert Clarke & Co, 1881. 718 p.
93. Scanlon, T. M. Promises and Contracts/ Ed by Peter Benson. Philosophy and Contract Law. Cambridge, 2000. (manuscript on file with U Chi L Rev).
94. Sandel, M. Justice: What's the right thing to do? New York, 2009. 320 p.
95. Sen, A. Well-being, Agency and Freedom. The Dewey Lectures. 1984. J. of Philosophy. 1985. No. 4. P. 169–221.
96. Sheinman, H. Introduction. Promises and Agreements: Philosophical Essays. Oxford Press, 2011. P. 3–58.
97. Simpson, A. W. B. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Clarendon Press Oxford, 1996. 646 p.
98. Smith, S. A Reports on English law / Ed. by J. Gordley. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2001. 478 p.
99. Spelman, J. The Reports of Sir John Spelman. Vol. 1 & 2. Selden Society, 1977. 238 p.
100. Treitel, G. The Law of Contract. 13th ed. 2011. 1212 p.
101. Verkerke, J. H. Contract Doctrine, Theory & Practice. CALI eLangdell Press, 2012. Vol. 1. 155 p.
102. Vitek, W. Promising. Philadelphia : Temple University Press, 1993. 270 p.
103. Waddams, S. Principle in Contract Law: the Doctrine of Consideration. Exploring Contract Law / Ed. by J. Neyers, R. Bronaugh, S. Pitel. Oxford, 2009. P. 61–75.
104. Whitford, W. C., Macaulay S., Hoffman V. Red Owl Stores: The Rest of the Story. Hastings L. J. 2009–2010. Vol. 61. P. 802–854.
105. Zimmermann, R. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition. The rustica press (pty) ltd, ndabeni, cape. 1992. 1142 p.

106. Zumbansen, P. Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007. Vol. 14. No. 2. P. 181–190.
107. Allen, H. Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Электронный ресурс] / Ed. by N. Z Edward. Spring Edition, 2014. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/promises>
108. Hume, D. A. A Treatise on Human Nature [Электронный ресурс] / Ed. by L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press. URL: http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm#link2H_4_0092
109. Lorenzen, E. G. Causa and Consideration in the Law of Contracts (1919) [Электронный ресурс]. Faculty Scholarship Series. Paper 4560. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4560
110. Scott, R. E. Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance [Электронный ресурс]. Essay in a symposium on «Commercial Calamities». *Ohio State L. J.* 1, 2007. No. 68. URL: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/contract-economic-organization/files/working-papers/Hoffman%203.0%20final.pdf>

Свобода труда от древнейших обществ и до Нового времени

Ахметьянов Денис Венерович, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: dahmetyanov@hse.ru.

Аннотация

Статья посвящена истории развития идеи свободы труда от времен существования государств Древнего Востока и до момента зарождения той совокупности правовых норм, которые в дальнейшем сформируют отрасль трудового права. В рамках проведенной работы исследованы особенности генезиса и последующей эволюции свободы труда, охарактеризована роль рассматриваемого явления и отношение к нему в каждом из приведенных исторических периодов. В заключении статьи формулируется периодизация развития идеи свободы труда: 1) период отрицания свободы труда; 2) период презрения к свободе труда; 3) период корпоративного ограничения свободы труда; 4) период абсолютной свободы труда; 5) период рационализации свободы труда.

Ключевые слова: свобода труда, свобода трудового договора, история труда, Древний Восток, Античность, Средневековье, Новое время.

Freedom of Labor from Ancient Societies to Modern Times

Denis V. Ahmetyanov, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
PhD candidate; e-mail: dahmetyanov@hse.ru.

Abstract

The article describes the history of development of the idea of freedom of labor from the times of existence of the Ancient Eastern states until the moment of origin of the complex of legal rules, which will form the branch of labor law in the future. The specifics of genesis and further evolution of freedom of labor are researched within the framework of the conducted work. In addition, the role of the considered subject and attitude of it in each of the indicated historical periods are characterized. In the conclusion of the article the author formulates the following periodization of the development of the idea of freedom of labor: 1) the period of denial of freedom of labor; 2) the period of contempt for freedom of labor; 3) the period of corporate restrictions on freedom of labor; 4) the period of absolute freedom of labor; 5) the period of rationalization of freedom of labor.

Keywords: freedom of labor, freedom of contract, history of labor, Classical Antiquity, Middle Ages, Modern times.

Свобода труда на данный момент является одной из категорий, без которых не мыслится не только труд в рамках трудовых отношений, но и отношения по применению труда в принципе. Однако зачастую в современное время возникают ситуации, когда в реализации свободы труда случаются кризисы. Изучив особенности происхождения данной категории, мы можем получить подробную картину того, что из себя представляет свобода труда, можем понять то, как развивалась данная идея в различные исторические периоды, и, возможно, применить полученный опыт в решении актуальных задач. Является справедливым возможное замечание, что современные общественные отношения стоят на другом, более высоком уровне развития, чем в прошлые исторические периоды. Однако отметим, что именно на основе опыта прошлых исторических периодов данная категория имеет те особенности, которые мы сейчас видим. В связи с этим является необходимым изучить историю развития свободы труда на фоне различных исторических периодов с присущими им социально-хозяйственными особенностями.

Рассмотрение данного вопроса нужно начать с социально-экономических предпосылок труда в древнейших государствах аграрной цивилизации, находившихся на территории Древнего Востока (Вавилон, Древний Египет). По словам М. И. Абдулаева, «для первых форм государственности, возникших в Древнем Востоке, характерно наличие сильной деспотической власти и зависимое от этой власти положение индивида»¹. Регулирование труда в то время не предусматривало возможность для человека использовать свои способности к труду в личном интересе и по

¹ Абдулаев М. И. Теория государства и права: учебник для высших учебных заведений. М.: Финансовый контроль, 2004. С. 30.

своему усмотрению. Во многом такая установка была связана с самой природой возникновения данных государств, которым способствовала организация крупных общественных работ и объединение для данных целей большого количества людей. Особенности природно-климатических условий отдельных регионов создавали необходимость применения коллективного труда при строительстве и эксплуатации ирригационных систем, развитии животноводства, возделывании сельскохозяйственных культур, обработке земли². При этом общественные интересы были в приоритете перед интересами личными, в связи с чем отсутствовала свобода личности. По этому поводу Е. Б. Хохлов отмечает, что «личность и свобода есть единая категория, поэтому понятно, что при отсутствии личности не могло возникнуть и понятия о свободе. <...> Человек в обществе, где отсутствует идея свободы, не является самоценным; человек в этом обществе есть не что иное, как определенная функция той или иной коллективности или всего сообщества»³. Реализация свободы труда в подобных условиях невозможна. О. А. Омельченко пишет, что «основная масса населения была поставлена в зависимое положение по отношению к государству, стремившемуся в своих целях сохранять и укреплять общинный уклад жизни. Это, в свою очередь, предопределило крайне замедленное формирование в праве принципов индивидуальной правовой свободы, закреплявших бы экономическую и жизненную самостоятельность людей»⁴. Таким образом, трудовая деятельность отдельного лица реализовывалась в публичных интересах и под чутким контролем государства. Отдельная личность в определенном смысле «растворялась» в едином коллективном хозяйстве, в котором всё население принуждалось к труду на общественных началах.

При этом в подобной ситуации всеобщего принуждения ментальность и значение труда, в том числе принудительного, в обществах Древнего Востока характеризуется отсутствием противопоставления рабства и свободы⁵. Е. Б. Хохлов по этому поводу приходит к выводу, что «предполагается наличие социальной иерархии, в которой каждый нижестоящий есть раб (или во всяком случае подвластный) по отношению к вышестоящему, и все рабы государства (правителя). <...> Таким образом, выстраивается система всеобщей несвободы, в которой раб отличается от любого прочего несвободного лишь тем, что на нем завершается эта цепочка “свободный — раб”»⁶. Отсутствие у людей свободы трудиться или не трудиться предопределило и отсутствие возможности выбора сферы приложения своих способностей к труду. В этом контексте в науке утверждается, что «с учетом потребностей экономики определялось количество людей, занимающихся тем или иным ремеслом или другим видом деятельности. При этом перевод лица из одной категории в другую производился не по его желанию, а по решению высшей администрации царя»⁷.

Таким образом, организация и отношение к труду в деспотических государствах Древнего Востока исключали идею свободы личности в данном вопросе. При таких условиях лицо трудилось в той роли и в том объеме, которые требовались в конкретный момент для удовлетворения публичных интересов. При таком подходе развитие идеи свободы труда и ее реализация исключены.

Своеобразный импульс в развитии идеи свободы получили в период Античности, который связывают с Древней Грецией и Древним Римом.

Древнегреческий философ Сократ одним из наиболее замечательных превосходств разума называет «самообладание, *enkrateia*, то есть в состояниях радости, печали, изнеможения, подстрекаемый страстями человек должен добиваться власти над собой, основываясь на своих добродетелях. Самообладание — это власть рациональности над витальностью, разумного начала над животным. Душа — госпожа и хозяйка тела, а также инстинктов, связанных с телом. Это господство рациональности над витальностью и есть свобода»⁸. В свою очередь, ученик и последователь Сократа Платон заявлял, «что в мире человека есть свобода. Это свобода самоопределения, которая предполагает выбор своего пути»⁹. В «Мифе о загробных воздаяниях» Платона рассказывалось о человеке по имени Эра, которому довелось стать свидетелем процесса выбора душами людей своего дальнейшего варианта существования. При этом выбор этот был самостоятельный и из различного множества «образчиков жизней»: «тут были вперемежку богатство и бедность, болезнь и здоровье, а также промежуточные состояния. <...> Природные свойства

² См.: *Бережнов А. Г., Кененов А. А., Лейст О. Э.* и др. Теория государства и права: учебник. Ч. 1. / Под ред. М. Н. Марченко. М.: Зерцало-М, 2011. С. 135. Схожие мысли также можно найти в следующих работах: *Комаров С. А., Малько А. В.* Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. М.: Издательская группа «НОРМА - ИНФРА - М», 1999. С. 127; *Кожевников В. В., Кожевневский В. Б., Рыбаков В. А.* Теория государства и права: учебник / Под ред. В. В. Кожевникова. М.: Проспект, 2017. С. 382.

³ *Хохлов Е. Б.* История труда и трудовое право: в 3 т. Том I. История труда в контексте хозяйственных, политических и ментальных систем / под ред. И. Ю. Козлихина. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2013. С. 63.

⁴ *Омельченко О. А.* Всеобщая история государства и права: учебник в 2 т. Издание третье, исправленное. Т. 1. М.: ТОН — Остожье, 2000. С. 22.

⁵ См.: История государства и права зарубежных стран. Ч. 1. Учебник для вузов / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. М.: НОРМА, 1996. С. 33; *Омельченко О. А.* Указ. соч. С. 25; *Вениосов А. В.* История государства и права зарубежных стран: учебник. 2-е изд. Минск: ТетраСистемс, 2012. С. 15.

⁶ *Хохлов Е. Б.* Указ. соч. С. 63.

⁷ *Вениосов А. В.* Указ. соч. С. 16.

⁸ *Антисери Д., Реале Дж.* Западная философия от истоков до наших дней. Античность и Средневековье (1-2) / В пер. и под ред. С. А. Мальцевой. СПб.: Пневма, 2003. С. 104.

⁹ *Гуторвич О. В.* Проблема свободы и ее решение в античной философии. Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. В 2 ч. Ч. I. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2015. № 7. С. 37.

души в сочетании друг с другом и с некоторыми благоприобретенными качествами помогают человеку из всех возможностей сделать по размышлению выбор, считаясь с природой души»¹⁰. Вместе с тем Платон обращал внимание на то, что человек несет ответственность за свой выбор и никто не может его изменить. Таким образом, в трудах древнегреческих философов зарождается идея свободы, которая представляется и как власть, направленная «вовнутрь» человека, которая позволяет усмирить нерациональное, природное начало, и как выбор исходя из своих интересов и природных предпосылок из множества вариантов, за последствия которого выбравший несет ответственность.

Несмотря на то, что современное понимание свободы сформировалось путем дальнейшего развития идей, зародившихся еще в Античности, говорить о том, что представления о свободе античных деятелей соответствуют современным, не приходится. Так, еще философ эпохи Просвещения Ж.-Ж. Руссо, характеризуя свободу в Древней Греции, утверждал следующее: «Бывают такие бедственные положения, когда можно сохранить свою свободу только за счет свободы другого человека и когда гражданин может быть совершенно свободен лишь тогда, когда раб будет до последней степени рабом»¹¹.

Что касается свободы в контексте труда, то в Древней Греции можно отследить пренебрежительное отношение к наемному труду. Аристотель придерживался мнения, что граждане в идеальном государстве «освобождены и отстранены от трудовой деятельности. Граждане, которые должны иметь в виду только добродетель, не будут касаться ремесел, торговли, низшего труда, отвращающего от добродетели. Не по ним и земледельческий труд. Чтобы быть добродетельным, необходимо свободное время: занятие граждан — дела военные, государственные, судебные. Весь труд по обеспечению материальными благами должен быть возложен всецело на рабов»¹². Сейчас с подобной позицией невозможно согласиться. Однако даже с точки зрения античного времени, при котором рабство считалось естественной и органической частью существования, позиция вышеупомянутого философа является спорной, так как в таком случае производство материальных благ возлагалось бы на рабов, которые и сами являлись лишь благами, так как статус раба приравнивался к вещи. Примером излишней ориентации на рабский труд является кризис рабовладельческого строя в Древнем Риме.

Касательно отношения к труду французский деятель Ш. Л. Монтескье отмечал, что «в греческих городах и особенно в тех, главным занятием которых была война, всякий труд и всякая профессия, которые имели целью денежный заработок, считались недостойными свободного человека. <...> Она заставляла гражданина оказывать услуги рабу, постояльцу, иностранцу, мысль об этом возмущала свободолюбие эллина»¹³. Пренебрежительное отношение к труду свободных лиц нашло свое отражение и в мифологии. Так, очистка Гераклом конюшен царя Авгия не посчитали подвигом, потому что Геракл сделал это за плату. В науке по этому поводу заявляют, что «это говорит о том, что наемный труд за плату был недостойн свободного человека, являлся уделом рабов, илотов и представителей низших сословий»¹⁴. Таким образом, несмотря на начало развития идей свободы отношение общества к труду в Древней Греции позволяет сделать заключение о невозможности реализации свободы труда.

В Древнем Риме ситуация обстояла несколько иначе. Если в раннюю эпоху римского государства труд рабов был сопоставим и даже уступал в объемах свободному труду, то позднее рабский труд начал возобладать. По этому поводу историк А. Валлон пишет, что «предпочитали рабов, так как они представляли собой такую рабочую силу, которую сосед не мог сманить обещанием более высокой платы, которую сам консул не мог неожиданно забрать для службы в легионе»¹⁵.

Широкое распространение рабского труда по сравнению с трудом свободных работников могло быть также связано и с рядом других факторов. Дореволюционный ученый Л. С. Таль утверждал, что «расход на оплату труда наемных рабочих и подрядчиков считался в ту эпоху очень обременительным для среднего хозяина»¹⁶. Важную роль играло, как и в Древней Греции, отношение самих римских граждан к наемному труду. Т. В. Русских утверждает, что «свободнорожденные лица могли отдавать свой труд за вознаграждение, но подобный наем считался занятием недостойным гражданина и играл ничтожную роль в рабовладельческом укладе. Поскольку трудовая деятельность

¹⁰ Платон. Собрание сочинений в 4 томах. Т. 3 / Пер. с древнегреческого В. С. Соловьева и др.; под ред. А. Ф. Лосева и др.; прим. А. А. Тахо-Годи. М.: Мысль, 1994. С. 417.

¹¹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Пер. с французского А. Д. Хаютина и В. С. Алексеева-Попова; цит. по: Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с французского; отв. ред. Г. Э. Кучков. М.: Канон-пресс, Кучково поле, 1998. С. 282.

¹² Аристотель. Политика, кн. IV, гл. VIII, § 2, 3; гл. IX, § 9. Цит. по: Шершеневич Г. Ф. История философии права. 2-е издание. СПб.: Братья Башмаковы, 1907. С. 107.

¹³ Монтескье Ш. Л. Избранные произведения / Общ. ред. и вступительная статья М. П. Баскина. М.: Гослитиздат, 1955 [Электронный ресурс]. Викитека — свободная библиотека. URL: [https://ru.wikisource.org/wiki/О_духе_законов_\(Монтескье;_Горнфельд\)/Книга_четвертая#Глава_VIII._Объяснение_одного_парадоксального_мнения_древних,_относящегося_к_воспитанию_нравов_\(дата_обращения:_20.10.2022\)](https://ru.wikisource.org/wiki/О_духе_законов_(Монтескье;_Горнфельд)/Книга_четвертая#Глава_VIII._Объяснение_одного_парадоксального_мнения_древних,_относящегося_к_воспитанию_нравов_(дата_обращения:_20.10.2022)).

¹⁴ Лушников А. М., Лушникова М. В. Трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2021. С. 30.

¹⁵ Валлон А. История рабства в античном мире / перевод с французского С. П. Кондратьева; под редакцией и с предисловием А. В. Мишулина. М.: ОГИЗ Госполитиздат, 1941. С. 439.

¹⁶ Таль Л. С. Трудовой договор. Цивилистические исследования. Ч. 1. Общие положения / Под ред. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2010. С. 58.

осуществлялась в основном рабами, выполнение той же самой работы руками свободного человека низводило его в глазах общества до состояния раба. <...> Труд в достойной свободного человека сфере деятельности (науке, медицине, философии) осуществлялся на внедоговорной, бесплатной основе»¹⁷. С этим связано и то, что государство воздерживалось от вмешательства в договорные отношения по применению труда свободных лиц даже в тех случаях, когда условия договора явно ущемляли интересы работника: «Общество, привыкшее к зрелищу безжалостной эксплуатации труда рабов и вольноотпущенников, считавшее исполнение свободнорожденным гражданином за плату низших обязанностей в чужом хозяйстве явлением нежелательным и не заслуживавшим поощрения, такое общество не могло проявить особенной чуткости к участию лиц, добровольно променявших свое независимое положение на положение слуг или рабочих»¹⁸. Прослеживается, что порицалась трудовая деятельность не сама по себе, а ее осуществление в чужом хозяйстве, то есть в интересах другого лица.

Такие факторы, как отрицательное отношение к труду, осуществляемому свободными лицами, когда человек сам же и ограничивает свою свободу осуществлением работы в чужом интересе, повсеместное распространение дешевого рабского труда, а также регулирование государством труда свободных лиц с таким же подходом, что и труд рабов, исключали возможность активного развития идеи свободы труда.

Экономические, культурные и политические изменения, происходившие в Средние века, а также особенности феодализма повлияли и на применение труда. В связи с постепенным закрепощением свободных лиц, при которых они закреплялись за определенной обрабатываемой землей, состояние свободного и несвободного становится не столь отличимым, как раньше. В контексте свободы труда подобные изменения могут быть вполне закономерными, потому что, как мы рассмотрели ранее, при договорном регулировании труда как рабов, так и свободных лиц использовались одни и те же конструкции.

Что касается публично-правового регулирования отношений, связанных с трудом, то именно с периодом Средневековья ученые связывают принятие на Западе первых актов о труде лично свободных лиц¹⁹. При этом, в зависимости от периода Средних веков, меняется и регулирование отношений, связанных с применением труда.

Раннее Средневековье характеризуется редким привлечением чужого труда свободных людей, а если подобное явление и встречается, то, по словам Е. Б. Хохлова, «возникающие отношения регулируются преимущественно в порядке индивидуально-договорного регулирования. <...> Публичная власть в лице короля или императора весьма редко подвергала нормированию эту сферу общественных отношений»²⁰. При этом в данный период уже встречаются законы, запрещающие работу в выходные и праздничные дни под угрозой штрафов и телесных наказаний. Однако целью данных запретов являлось, собственно, не регламентация труда, а обеспечение средствами публичной власти религиозных канонов. Значение религии мы подробнее рассмотрим позднее.

Дальнейшие периоды Средневековья в значительной степени характеризуются распространением цехов — городских организаций, в состав которых входили ремесленники, занимавшиеся одной профессией. Корпоративные организации в Средневековье играли важную роль в контексте применения труда. Французский государственный деятель П. Бризон писал, что «корпоративная организация... господствует над всей экономической жизнью; она служит как бы основанием всей рабочей жизни, или, если хотите, она является как бы ключом, открывающим историю труда и трудящихся в те отдаленные времена»²¹. Вместе с тем цеховое производство ограничивало развитие свободы труда, так как «цеховые уставы строго ограничивали число подмастерьев и учеников, которых мог иметь у себя один мастер, ограничивали количество станков, на которых мог работать ремесленник»²². Таким образом, даже если потенциальные работник и работодатель были готовы вступить в трудовые отношения, то они не могли этого сделать в силу корпоративных ограничений.

Последующий процесс разделения и кооперации труда привел к возникновению мануфактурного производства. Ключевыми особенностями мануфактурной системы являются разделение труда как с технической точки зрения, так и с социальной. Техническая часть представляет из себя разделение труда на отдельные трудовые операции, которые закрепляются за отдельными работниками. Однако при этом такие отдельные операции объединены в рамках единой технологической структуры. В этом отношении показателен пример А. Смита с производством булавок, который утверждал, что работник вне мануфактурного производства едва ли сделает двадцать булавок за день. При этом в мануфактурах, где процесс производства булавок состоит приблизительно из 18 самостоятельных операций, выполняющихся отдельными работниками, на одного работника может приходиться более 4 тыс. булавок в день²³. В сравнении с цеховой системой, когда владелец цеховой мастерской непосредственно производил продукт и участвовал в трудовой деятельности наравне со своими мастерами и подмастерьями, социальное разделе-

¹⁷ Русских Т. В. Свобода сторон трудового договора при его заключении, изменении, расторжении и пределы ее ограничения: дисс. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2011. С. 38.

¹⁸ Таль Л. С. Указ. соч. С. 76.

¹⁹ Лушников А. М., Лушникова М. В. Указ. соч. С. 30.

²⁰ Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 264.

²¹ Бризон П. История труда и трудящихся / пер. с фр. М. А. Дьяконова. СПб.: Гос. изд-во, 1921. С. 4.

²² Русских Т. В. Указ. соч. С. 38.

²³ Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов / пер. с англ.; предисл. В. С. Афанасьева. М.: Эксмо, 2007. С. 70.

ние труда в мануфактуре подразумевает распределение ролей на лиц, непосредственно трудящихся на производстве (владеющих способностью к труду), и на лиц, организующих и управляющих таким производством (являющихся собственниками капитала). По справедливому утверждению Е. Б. Хохлова, «фабрика (мануфактура. — *Прим. Д. А.*) отличается от кустарной (цеховой. — *Прим. Д. А.*) системы как благоустроенная, единообразно вооруженная регулярная армия от пестрого состава ополчения»²⁴. Переход от цехов к мануфактурам, масштабирование производства привели к усложнению организации труда и осознанию необходимости его дальнейшего более детального нормативного урегулирования.

Анализируя средневековые «Ордонанс о рабочих и слугах» 1349 г. и «Статут о рабочих» 1351 г., закреплявшие всеобщую трудовую повинность и ограничивавшие максимальный размер вознаграждения, ученые указывают на ограничение свободы субъектов и отсутствие широкого распространения договорного регулирования применения труда в рассматриваемый период²⁵. При этом стоит отметить, что определенные тенденции уже были заложены. Л. С. Таль подчеркивал, что в связи с развитием хозяйственных отношений и исчезновением рабства растет значение труда свободных лиц, которые стремились «придавать договору характер взаимнообязательственного отношения. <...> Но все-таки из договора... по-прежнему возникает отношение власти и подчинения, нормированное не соглашением сторон, а усмотрением хозяина»²⁶. Таким образом, договорные возможности сторон при опосредовании отношений по применению труда были далеко не равны. При этом подобные соглашения не содержали подробных прав и обязанностей сторон. В таких ситуациях соглашение сторон устанавливало лишь сам факт возникновения отношений и определяло общий характер исполняемых работником функций. Предусматривалась лишь общая обязанность работника следовать всем указаниям работодателя, которые не противоречат закону и соглашению сторон. Стоит отметить, что подобная власть работодателя имела свои ограничения, где она могла вступить в противоречие с интересами государства или третьих лиц. Однако наличие подобных ограничений не говорит о том, что имелись условия для развития свободы индивидуально-договорного регулирования, так как по своей сути хозяйская власть работодателя заменялась публично-правовой властью государства.

Определенную трансформацию прошло и само отношение к труду, которое не было единообразным. По словам Т. М. Хусяинова, «в феодальном обществе, разделенном на сословия и разные социальные группы, существовало различное отношение к труду у представителей различных общностей. <...> Для одних сословий тяжелый физический труд не является обязательным, в то время как другие должны трудиться»²⁷. К первому сословию относилась аристократия, которая в процессе производства и распределения благ принимала активное участие лишь на втором из этапов. А. Я. Гуревич утверждал, что «господствующий класс, естественно, был далек от производственной деятельности и, поскольку она всецело возлагалась на плечи непривилегированных, низших слоев населения, смотрел на нее пренебрежительно»²⁸.

Своеобразное отношение к труду было у духовенства, которое сыграло важную роль в трансформации отношения к труду. Первоначально священнослужители были настроены к трудовой деятельности критически. А. Я. Гуревич приводил следующую позицию духовенства: «Людям вообще надлежит не столько заботиться о пропитании и о физическом своем благополучии, сколько о духовном спасении, о жизни вечной. Не хлебом единым сыт человек»²⁹. Наряду с этим жизнь большинства населения Средневековья было сложно представить без ежедневного тяжелого труда. Труд был занятием необходимым и являлся важной составной частью средневекового общества. Труд играл и функциональную роль, оберегающую душу человека от праздности и падения во грех. Более того труд в определенной мере признавался священным, так как каждый цех находился под покровительством какого-нибудь святого, а сама трудовая деятельность человека была подобна труду творца, «архитектора мира»³⁰.

Что касается самих трудящихся, то их отношение к труду в первую очередь зависело от экономического мотива: труд как инструмент получения средств к существованию. Наряду с этим трудовая деятельность несла функцию и моральную (высокорезультативный труд как выражение личного достоинства и подтверждение права принадлежности к корпорации) и социальную (труд как способ участия в жизнедеятельности цеха, города, общества).

Как видно на примере трудовой деятельности, все действия индивида были обусловлены его принадлежностью к тому или иному сословию, что говорит о формировании системы всеобщей несвободы, что напрямую касалось и пределов свободы труда. Немецкий социолог Э. Фромм, характеризуя данную эпоху, писал, что «хотя человек не был свободен в современном смысле, он не был при этом ни одинок, ни изолирован. Занимая определенное, неизменное и бесспорное место в социальном мире с самого момента рождения, человек был закреплен в какой-то структурированной общности; его жизнь была с самого начала наполнена смыслом, что не оставляло

²⁴ Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 666.

²⁵ См.: Русских Т. В. Указ. соч. С. 39; Черняева Д. В. Трудовые отношения в странах англосаксонского права. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 22.

²⁶ Таль Л. С. Указ. соч. С. 90.

²⁷ Хусяинов Т. М. Указ. соч. С. 32.

²⁸ Гуревич А. Я. Категории средневековой культуры. 2-е изд., испр. и доп. М.: Искусство, 1984. С. 176.

²⁹ Там же. С. 177.

³⁰ Бризон П. Указ. соч. С. 9; Гуревич А. Я. Указ. соч. С. 180.

места сомнениям, они и не возникали»³¹. Соглашаясь с вышеприведенной позицией, следует отметить, что при таком общественном устройстве отдельный индивид не ощущал ущемления своих возможностей, свою несвободу, так как подобное состояние являлось естественным.

Изменения, произошедшие в Средние века, позволили впервые урегулировать отношения, связанные с трудом, на уровне нормативных правовых актов. При этом идея свободы труда не получила активного развития, а ее пределы не расширились. Поменялось отношение к трудовой деятельности, на формирование которого повлияли в том числе и религиозные учения. Если первоначально труд воспринимался как наказание и действие, отвлекающее человека от спасения души, то в дальнейшем трудовая деятельность начала восприниматься благословенным занятием.

В Новое время прогресс в сфере промышленности и прокатившиеся по Западной Европе буржуазные революции XVII–XVIII вв. стали причиной бурного развития идей свободы и их формального закрепления в правовых актах.

Существенное влияние на идеи свободы труда в данный исторический период оказало общее развитие либеральных концепций о естественных правах и свободах. Естественным состоянием человека стало считаться состояние полной свободы в действиях и распоряжениях своим имуществом и личностью в своих интересах «в границах закона природы», а также с учетом состояния равенства.

Подобная «власть природы» стала основой учения физиократов, согласно которому все социальные, экономические процессы подчиняются универсальным, естественным (то есть природным) объективно действующим законам. Для описания характерных черт либерального духа эпохи Е. Б. Хохлов приводит следующие слова дореволюционного ученого И. И. Янжула: «Скептическое отношение к существовавшим учреждениям и стремление к широкой индивидуальной свободе составляют характерные черты эпохи. Братство, равенство, свобода служат лозунгом времени. <...> Экономическая деятельность человека, свободная от всяких ограничений, труд, свободный от всякой регламентации, промышленность и торговля, свободные от всякой опеки и предоставленные исключительно частной инициативе»³².

Духом подобных настроений были пропитаны и правовые акты. Декларация прав человека и гражданина, принятая в период Великой французской революции Национальным собранием 26 августа 1789 г., в ст. 4 провозглашала, что «свобода состоит в возможности делать все, что не вредит другому: таким образом осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же самыми правами. Эти пределы могут быть установлены лишь законом»³³.

Именно с этим периодом можно связать первое упоминание проявлений свободы труда в юридических документах. Конституцией Франции 1791 г. гарантировалась «допустимость всех граждан ко всем местам и должностям, сообразно их добродетелям и талантам»³⁴. Декларация прав человека и гражданина 1789 г., которая по сути является преамбулой к Конституции Франции 1793 г., объявляла, что «право собственности состоит в принадлежащей каждому гражданину возможности пользоваться и располагать по усмотрению своим имуществом, своими доходами, плодами своего труда и своего промысла»³⁵ (ст. 16); «гражданам не может быть воспрещено заниматься каким угодно трудом, земледелием, промыслом, торговлей» (ст. 17); «каждый может предоставлять по договору свои услуги и свое время, но не может ни продаваться, ни быть проданным: его личность не есть отчуждаемая собственность. Закон никоим образом не допускает существования двора; возможно лишь взаимное обязательство об услугах и вознаграждении между трудящимся и нанимателем»³⁶.

В литературе высказывается мнение, что свобода труда являлась проявлением свободы самой личности, а потому не нуждалась в нормативном закреплении. По словам французского юриста Л. Дюги, «ни Декларация 1789 г., ни Конституция 1791 г. не формулировали принципа свободы труда. Это считали бесполезным. Это было необходимое последствие индивидуальной свободы»³⁷. Важно отметить, что в «Законе относительно собраний рабочих и ремесленников одного и того же состояния и одной и той же профессии» от 14 июня 1791 г. (также известном, как Закон Ле Шапелье) все-таки устанавливалось, что «те, которые путем угроз и насилия будут покушаться на рабочих, нарушая тем самым установленную конституционными законами свободу промыслов и труда, будут преследоваться уголовным путем со всей строгостью законов как нарушители общественного

³¹ Фромм Э. Бегство от свободы / пер. с англ. А. Лактионова. М.: АСТ, 2009. С. 39.

³² Янжул И. И. Английская свободная торговля. С. 154–155. Цит по: Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 801.

³³ Декларация прав человека и гражданина : от 26 августа 1789 г. Тексты важнейших основных законов иностранных государств. Ч. 1. / пер. Ф. Ф. Кокошкина. М.: Издание М. и С. Сабашниковых, 1905 [Электронный ресурс]. Викитека — свободная библиотека. URL: https://ru.wikisource.org/wiki/Декларация_прав_человека_и_гражданина (дата обращения: 01.10.2022).

³⁴ Конституция Франции : от 3 сентября 1791 г. Законодательные акты Франции / пер. с пред. Р. Лемберг. СПб.: Книгоиздательство «Молотъ», 1905. С. 31.

³⁵ Конституция Франции : от 22 августа 1795 г. [Электронный ресурс]. Исторический факультет МГУ. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/cnst1795.htm> (дата обращения: 01.11.2022).

³⁶ Конституция Франции : от 24 июня 1793 г. [Электронный ресурс]. Исторический факультет МГУ. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/cnst1793.htm> (дата обращения: 03.11.2022).

³⁷ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / Пер. с фр. А. Яценко, В. Краснокутского, Б. Сыромятникова. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1908. С. 750.

спокойствия»³⁸. Таким образом, несмотря на утверждение вышеупомянутого автора наличие свободы труда преумирилось путем толкования содержания конституционных законов.

В части Закона Ле Шапелье необходимо также отметить, что он как нельзя лучше отражал лозунг-принцип *laissez faire, laissez passer*³⁹, который стал символом тех либеральных изменений, что происходили в экономике. Суть принципа заключалась в обеспечении полной хозяйственной свободы как таковой, при этом свобода труда также включалась в такую свободу. Изменилось и само отношение к свободному труду. Если раньше труд рассматривался как удел низших сословий, не имевших собственности, то со второй половины XVIII в. «свободный труд стал рассматриваться как источник богатства»⁴⁰.

При этом трансформируется и значение договора, опосредующего отношения, связанные с трудом. Свобода труда предполагала возможность отдельного субъекта (работника) независимо выбирать и вступать в отношения с другим субъектом (работодателем), где обе стороны являются юридически равными по отношению друг к другу. Как отмечает Е. Б. Хохлов, «договор становится если не единственным, то исключительным юридическим регулятором как в предпринимательской сфере, так и на рынке труда»⁴¹. Таким образом, формально можно предположить существование в описываемом периоде свободы договора, регулирующего отношения, связанные с трудом.

Однако подобное предположение не в полной мере отражает фактическую ситуацию. Например, Д. В. Черняева, анализируя регулирование труда в английском праве в тот же исторический период и под влиянием тех же либеральных идей, утверждает, что «регулирование труда все еще осуществлялось преимущественно через институты публичного права, то есть через нормы закона и прецедентов. Сфера использования ключевого института частного права (договора) в сфере наемного труда до XIX в. оставалась в Англии весьма узкой. Договорному регулированию подлежал преимущественно лишь уровень заработной платы, причем и в этом отношении свобода договорного регулирования была весьма условной»⁴². <...> Иные же условия найма диктовались публичным правом либо произвольно устанавливались нанимателем в одностороннем порядке»⁴³. В связи с этим можно заключить, что в среде современных ученых не выработано единого подхода к вопросу о существовании свободы трудового договора в рассматриваемый исторический период.

Дальнейшее развитие идей свободы привело к тому, что участие в регулировании труда объединений работников начало рассматриваться в качестве фактора, который ограничивает индивидуальную свободу. По словам Е. Б. Хохлова, «в конце XVIII в. была сформулирована... доктрина, согласно которой объединения людей, корпорация сама по себе есть безусловное зло, подлежащее устранению ради обеспечения свободы человеческой личности. Поэтому публичная власть предпринимает меры, направленные на ликвидацию существующих корпораций, прежде всего образуемых по признаку единства профессии. <...> Был провозглашен индивидуализм — отрицание всяких организаций, всяких союзов, всякого единения лиц одной и той же профессии, одного и того же класса, для совместных действий, для защиты общих интересов... Не может быть ни каких-либо корпоративных посредников... ни соглашений индивидуума с корпорацией, ибо это искажает или устраняет свободу индивидуальных соглашений»⁴⁴. П. Бризон по этому поводу высказывал мнение, что «как и феодальный строй, цехи стесняли экономическое развитие буржуазии; благодаря своему духу монополий, своим регламентам и препятствиям, которые они ставили прогрессу промышленной техники»⁴⁵. Естественным результатом распространения подобных идей является конец цеховой системы организации труда, господствовавшей эпохой ранее.

Во Франции нормативным правовым выражением этого стало издание «Декрета об уничтожении всех пошлин эд, всех метризов и цехов и о введении патентов» от 2–17 марта 1791 г., ст. 2 которого отменялись цехи и коллегии»⁴⁶. Упомянутый ранее Закон Ле Шапелье был целиком посвящен исключению возможности восстановления уничтоженных корпораций одной и той же профессии: государственным и муниципальным органам власти предписывалось не взаимодействовать с подобными объединениями работников, а членство в таких объединениях и управление ими

³⁸ Закон относительно собраний рабочих и ремесленников одного и того же состояния и одной и той же профессии (Закон Ле Шапелье). Цит. по: *Галанза П. Н.* (ред.), *Блохин Н. Н.* (сост.) Конституции и законодательные акты буржуазных государств XVII–XIX вв. Англия, США, Франция, Италия, Германия: Сборник документов. М.: Госюриздат, 1957. С. 242.

³⁹ «Пусть все идет, как идет» (пер. с фр.).

⁴⁰ *Кручинин А. В.* Методологические аспекты рассмотрения проблемы свободы труда и свободы трудового договора. Вестник Удмуртского университета. Серия: Экономика и право. 2015. № 1 [Электронный ресурс]. Научная электронная библиотека «КиберЛенинка». URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/metodologicheskie-aspekty-rassmotreniya-problemy-svobody-truda-i-svobody-trudovogo-dogovora> (дата обращения: 18.10.2022).

⁴¹ *Хохлов Е. Б.* Указ. соч. С. 827.

⁴² Отметим, что и во Французской республике периода якобинцев данный вопрос регулировался публичным правом. Так, «Декрет о максимуме» от 29 сентября 1793 г. устанавливал максимальное значение заработной платы (ст. 8). См. «Декрет о максимуме» от 29 сентября 1793 г. [Электронный ресурс]. Исторический факультет МГУ. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/maximum.htm> (дата обращения: 04.11.2022).

⁴³ *Черняева Д. В.* Указ. соч. С. 34.

⁴⁴ *Хохлов Е. Б.* Указ. соч. С. 751.

⁴⁵ *Бризон П.* Указ. соч. С. 230.

⁴⁶ *Документы истории Великой французской революции в двух томах. Т. 2 / Отв. ред. А. В. Адо.* М.: Издательство Московского университета, 1992. С. 41.

наказывалось штрафами, тюремными заключениями и иными санкциями. Следует отметить, что затем позиция по отрицанию корпораций была закреплена и в Конституции Франции 1791 г., в соответствии с которой «не существует более ни сословных цеховых управ, ни профессиональных, художественных или ремесленных корпораций»⁴⁷. Таким образом, в целях защиты свободы сторон договора от воздействия третьих лиц исключалось само существование подобных лиц, что затем было реализовано в нормативных правовых актах того времени.

Наряду с тем, что работники лишались возможности коллективно отстаивать свои интересы путем координации действий, государство также старалось не вмешиваться в индивидуальные отношения между лицом, предоставляющим свой труд, и лицом, такой труд использующим. Свобода договора обеспечивалась расширением частного правового регулирования сторон с одновременной минимизацией публично-правового регулирования со стороны государства: «Свободу договаривающихся сторон не может ограничивать не только корпоративный интерес, но даже и интерес всех»⁴⁸. Как отмечает Г. Ф. Шершеневич, «государство, которое до сих пор оплетало гражданна мерами своего попечения, поставило себе задачу предоставить его своему собственному усмотрению. <...> Предоставляя полную свободу борьбе интересов и оставаясь в стороне, пока не нарушались права, государство признало принцип невмешательства и поставило себя, по удачному выражению Лассалья, в положение ночного сторожа»⁴⁹.

Невозможность работников объединяться в коалиции и невмешательство государства установили такое состояние, при котором хотя формально и была закреплена свобода труда и договора, но на практике условия устанавливались работодателем в одностороннем порядке. Распоряжение работником своими способностями к труду в такой ситуации едва ли можно было бы считать свободным.

В каждом индивидуальном общественном отношении конкретный рабочий оставался один на один со своим нанимателем. С утратой возможности объединяться для отстаивания своих интересов и самоустраниением государства из регулирования труда рабочий оказывался в слабейшем положении. С учетом того, что у предпринимателя имелся капитал, а рабочий мог предложить только свой труд, то фактического равенства переговорных возможностей не существовало: на фоне высокого предложения рабочей силы, если работник отказывался трудиться на условиях, предложенных нанимателем, последний мог без особого труда найти другого, более «сговорчивого» работника.

Дальнейшее «расширение» свободы труда и договора привело к увеличению субъектного состава отношений, связанных с трудом. За одни и те же рабочие места наряду с работниками-мужчинами стали конкурировать женщины и дети. Связано это было с несколькими причинами. Во-первых, индустриализация производства снизила необходимость в тяжелом физическом труде. Во-вторых, для работодателя экономически выгоднее было нанять женщину или ребенка, так как стоимость их работы была дешевле. В связи с этим Е. Б. Хохлов заявляет, что «принцип ничем не ограниченной свободы договора позволял заключать трудовой договор с кем угодно, а общественное мнение благосклонно относилось к труду детей, считая его важным воспитательным процессом»⁵⁰.

Таким образом, на рубеже XVIII–XIX вв. идея хозяйственной свободы воплотилась в свободе хозяйской. Не отрицая, что, возможно, имелись случаи, когда работодатель вел равный диалог с отдельным работником и учитывал его интересы, стоит вместе с тем отметить, что в большинстве случаев работодатели ориентировались на свои интересы, а интересы работников в лучшем случае учитывались в том объеме, чтобы не ухудшить производительность их труда⁵¹, а в худшем — интересы работников полностью игнорировались и ущемлялись. Все это привело к чрезмерной эксплуатации трудоспособного населения, увеличению количества рабочих часов, уменьшению вознаграждения и высокому уровню безработицы даже при значительном экономическом подъеме. Несмотря на то, что стачки были запрещены⁵², это не останавливало работников: возникали различные стихийные забастовки с требованиями повышения вознаграждения, ограничения рабочих часов, улучшения условий труда и т. д. Возникла ситуация, которую К. Р. Поппер назвал бы «парадоксом свободы»: «парадокс свободы показывает, что свобода в смысле отсутствия какого бы то ни было ограничивающего ее контроля должна привести к значительному ее ограничению, так как дает возможность задире поработить кротких»⁵³.

После осознания тяжелого положения рабочих были предприняты первые попытки публичной власти вмешаться в отношения между работником и работодателем, которые прежде основывались на практически абсолютном усмотрении сторон. При этом ограничение свободы трудового договора шло в той же последовательности, что и легализация трудовых прав: регулирование труда наименее защищенных слоев трудоспособного насе-

⁴⁷ Конституция Франции : от 3 сентября 1791 г. Законодательные акты Франции / пер. с пред. Р. Лемберк. СПб.: Книгоиздательство «Молоть», 1905. С. 28.

⁴⁸ Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 826.

⁴⁹ Шершеневич Г. Ф. Избранное. В 6 т. Т. 4, включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. С. 219.

⁵⁰ Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 832.

⁵¹ Работодатель мог следить за состоянием своих рабочих не из гуманистических соображений, а с целью сохранения эффективности трудового процесса и минимизации издержек.

⁵² См.: Бризон П. Указ. соч. С. 402–406.

⁵³ Поппер К. Р. Открытое общество и его враги. Т. 1. М.: Культурная инициатива, 1992. С. 328.

ления (женщины, дети), установление минимальных требований к условиям трудовых договоров (лимит рабочего времени, минимальный размер оплаты труда и ее периодичность, а также санитарно-гигиенические условия труда)⁵⁴. Так, уже в 1802 г. английским парламентом был издан «Закон о сохранении здоровья и нравственности», ограничивающий продолжительность рабочего времени для детей 12 часами. Стоит отметить, что ограничение абсолютной свободы труда осуществлялось не одномоментно, так как подобные инициативы встречали ожесточенное сопротивление. Критика повышения роли государства в регулировании труда основывалась на недопустимости ограничения свободы труда и свободы договора, а также заявлении, что произвольное вмешательство публичной власти ослабит конкурентоспособность промышленности. Следующий закон в Англии («Закон о хлопкопрядильных фабриках»), существенно повлиявший на регулирование труда, был издан только в 1819 г. и устанавливал минимальный возраст трудоустройства с 9 лет. Аналогичные законодательные изменения происходили и в других европейских странах. В дальнейшем были установлены ограничения о продолжительности рабочего дня для женщин, о работе в ночное время, были установлены минимальные размеры заработной платы и т. д. Именно подобные акты, которые ограничивали свободу договора, но при этом несли в себе функцию социальной защиты слабой стороны, стали той основой, на которой возникло сначала фабричное законодательство, а затем и трудовое.

Таким образом, этапы развития идеи свободы труда и ее проявлений неразрывно связаны с общепринятой хронологией исторических периодов.

В период древнейших государств аграрной цивилизации свобода труда отсутствовала как таковая в силу отсутствия самой идеи свободы личности. Все общество подчиняется жесткому регулированию государства, и публичные интересы стоят на первом месте.

В Античности в государствах Древней Греции и Древнего Рима получают развитие идеи свободы. Свобода труда проявляется в возможности свободного выбора приложения своих способностей к труду. Однако реализация свободы труда усложнялась наличием труда рабского, который имел более широкое распространение. Ко всему этому отношение общества к наемному труду свободных людей в основном являлось отрицательным, так как, по мнению общества того времени, подобной деятельностью свободный человек добровольно низводил себя до положения раба.

Свобода труда в Средневековье ограничивалась цеховой организацией производства, которая затем трансформировалась в мануфактуру. Несмотря на появление первых нормативных правовых актов, регулировавших отношения о труде, договорные формы привлечения к труду, в которых могла бы быть реализована свобода труда, не нашли значительного развития. Договором подтверждался лишь сам факт возникновения отношений между работником и работодателем, но подробных условий, прав и обязанностей сторон такое соглашение не содержало. Это позволяло работодателю эксплуатировать работника в тех пределах, пока это не противоречило публичным интересам. Несмотря на ограничение свободы труда с точки зрения работника труд нес в себе экономическое, социальное и духовное содержание. Такой работник не ощущал несвободу, так как благодаря такому труду он занимал определенную роль в средневековом обществе, и это придавало смысл его существованию.

В период Нового времени либерализация экономики и развитие учения о естественных правах преобразили общественные отношения в сфере труда, а свобода труда стала одним из основных принципов. Но абсолютная свобода личности не могла сосуществовать с вмешательством со стороны корпораций и государства, поэтому корпорации были запрещены, а роль государства в регулировании труда была минимизирована. Данные действия привели к плачевным последствиям и усложняли реализацию свободы труда.

Дальнейшее развитие свободы труда связано с формированием комплекса нормативных правовых актов, которые в будущем будут причислены к отрасли трудового права. Свобода труда стала реализовываться наряду с разумным участием государства в регулировании отношений в сфере труда путем принятия актов, имеющих социальный характер и ограничивающих свободу усмотрения сторон в целях защиты слабой стороны таких отношений.

Таким образом, с учетом вышеописанных характеристик того или иного исторического периода в контексте свободы труда, в рамках рассмотренной временной линии можно сформировать следующую периодизацию развития идеи свободы труда: 1) период отрицания свободы труда, который совпадает с периодом существования государств Древнего Востока; 2) период презрения к свободе труда, характерный для периода Античности; 3) период корпоративного ограничения свободы труда, совпадающий с периодом Средневековья; 4) период абсолютной свободы труда, который пришелся на конец XVIII — начало XIX в.; 5) период рационализации свободы труда, связанный с первыми признаками зарождения отрасли трудового права в начале XIX в.

Подводя итог, можно заключить, что категория свободы труда прошла в своем развитии значительный путь в рамках вышеприведенных исторических периодов: полное отрицание свободы труда в ранние исторические периоды, ее безграничное возвышение в ущерб интересам работников, а затем переопределение роли государства в регулировании труда в Новое время. Таким образом, именно пересмотр роли участия государства

⁵⁴ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. М.: Статут, 2009. С. 202.

в этом процессе позволило найти тот баланс, при котором свобода труда могла бы реализовываться наиболее оптимальным образом с учетом интересов обеих сторон трудовых отношений, а также сподвигнуть дальнейшее развитие той отрасли права, которая в будущем станет известна как отрасль трудового права.

Литература

1. *Абдулаев М. И.* Теория государства и права: учебник для высших учебных заведений. М.: Финансовый контроль, 2004. 410 с.
2. *Антисери Д., Реале Дж.* Западная философия от истоков до наших дней. Античность и Средневековье (1-2) / В пер. и под ред. С. А. Мальцевой. СПб.: Пневма, 2003. 688 с.
3. *Бережнов А. Г., Кененов А. А., Лейст О. Э.* Теория государства и права: учебник. Ч. 1 / Под ред. М. Н. Марченко. М.: Зерцало-М, 2011. 516 с.
4. *Бризон П.* История труда и трудящихся / пер. с фр. М. А. Дьяконова. СПб.: Гос. изд-во, 1921. 447 с.
5. *Валлон А.* История рабства в античном мире / пер. с фр. С. П. Кондратьева; под ред. и с пред. А. В. Мишулина. М.: ОГИЗ Госполитиздат, 1941. 640 с.
6. *Вениосов А. В.* История государства и права зарубежных стран: учебник. 2-е изд. Минск: ТетраСистемс, 2012. 544 с.
7. *Гуревич А. Я.* Категории средневековой культуры. 2-е изд., испр. и доп. М.: Искусство, 1984. 350 с.
8. *Гуторович О. В.* Проблема свободы и ее решение в античной философии. Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2015. № 7. В 2 ч. Ч. I. С. 35–38.
9. *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства / Пер. с фр. А. Яценко, В. Краснокутского, Б. Сыромятникова. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1908. 957 с.
10. История государства и права зарубежных стран. Ч. 1. Учебник для вузов / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. М.: НОРМА, 1996. 480 с.
11. *Кожевников В. В., Коженевский В. Б., Рыбаков В. А.* Теория государства и права: учебник / Под ред. В. В. Кожевникова. М.: Проспект, 2017. 463 с.
12. *Комаров С. А., Малько А. В.* Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. М.: Издательская группа «НОРМА — ИНФРА-М», 1999. 448 с.
13. *Кручинин А. В.* Методологические аспекты рассмотрения проблемы свободы труда и свободы трудового договора. Вестник Удмуртского университета. Серия: Экономика и право. 2015. № 1 [Электронный ресурс]. Научная электронная библиотека «КиберЛенинка». URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/metodologicheskie-aspekty-rassmotreniya-problemy-svobody-truda-i-svobody-trudovogo-dogovora> (дата обращения: 18.10.2022).
14. *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права: учебник: в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. М.: Статут, 2009. 879 с.
15. *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2021. 768 с.
16. *Морозова Л. А.* Теория государства и права. Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Российское юридическое образование, 2010. 384 с.
17. *Омельченко О. А.* Всеобщая история государства и права: учебник. В 2 т. Издание третье, исправленное. Т. 1. М.: ТОН — Остожье, 2000. 528 с.
18. *Платон.* Собрание сочинений в 4 т. Т. 3 / Пер. с древнегреческого В. С. Соловьева и др.; под ред. А. Ф. Лосева и др.; прим. А. А. Тахо-Годи. М.: Мысль, 1994. 860 с.
19. *Поппер К. Р.* Открытое общество и его враги. Т. 1. М.: Культурная инициатива, 1992. 448 с.
20. *Русских Т. В.* Свобода сторон трудового договора при его заключении, изменении, расторжении и пределы ее ограничения: дисс. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2011. 202 с.
21. *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр.; отв. ред. Г. Э. Кучков. М.: КАНОН-пресс, Кучково поле, 1998. 124 с.
22. *Смит А.* Исследование о природе и причинах богатства народов / Пер. с англ.; пред. В. С. Афанасьева. М.: Эксмо, 2007. 960 с.
23. *Таль Л. С.* Трудовой договор. Цивилистические исследования. Ч. 1. Общие положения / Под ред. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2010. 212 с.
24. *Фромм Э.* Бегство от свободы / Пер. с англ. А. Лактионова. М.: АСТ, 2009. 284 с.
25. *Хохлов Е. Б.* История труда и трудовое право: в 3 т. Т. I. История труда в контексте хозяйственных, политических и ментальных систем / Под ред. И. Ю. Козлихина. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2013. 1022 с.
26. *Черняева Д. В.* Трудовые отношения в странах англосаксонского права. М.: Волтерс Клувер, 2010. 208 с.
27. *Шершеневич Г. Ф.* Избранное. В 6 т. Т. 4, включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. 752 с.
28. *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. 2-е издание. СПб.: Братья Башмаковы, 1907. 593 с.

References

1. Abdulaev, M. I. Theory of State and Law: Textbook for Higher Education Institutions [Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik dlya vysshikh uchebnykh zavedenii]. M.: Finansovyi kontrol', 2004. 410 p. (In Rus.)
2. Mal'tseva, S. A. (Ed.), Antiseri, D., Reale, G. Western philosophy from its origins to the present day. The Antiquity and the Middle Ages (Vols. 1-2) [Zapadnaya filosofiya ot istokov do nashikh dnei. Antichnost' i Srednevekov'e (1-2)]. SPb.: Pnevma, 688 p. (In Rus.)
3. Marchenko, M. N. (Ed.), Berezhnov, A. G., Kenenov, A. A., Leist, O. E. [et al.]. Theory of State and Law: textbook. Ch. 1. [Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik]. M.: Zertsalo-M, 2011. 516 p. (In Rus.)
4. Dyakonov, M. A. (Ed.), Brizon, P. History of Labor and Workers [Istoriya truda i trudyashchikhsya]. St. Petersburg: State Publishing House, 1921. 447 p. (In Rus.)
5. Mishulin, A. V., Kondratyev, S. P. (Eds.), Wallon, H. History of slavery in the ancient world [Istoriya rabstva v antichnom mire]. M.: OGIZ Gospolitizdat, 1941. 640 p. (In Rus.)
6. Veniosov, A. History of State and Law of Foreign Countries: textbook [Istoriya gosudarstva i prava zarubezhnykh stran: uchebnik]. Minsk: TetraSystems, 2012. 544 p. (In Rus.)
7. Gurevich, A. Ya. Categories of Medieval Culture. 2nd ed. amended and supplemented [Kategorii srednevekovoi kul'tury. 2-e izd., ispr. i dop.]. M.: Iskustvo, 1984. 350 p. (In Rus.)
8. Gutorovich, O. V. The Problem of Freedom and Its Solution in Ancient Philosophy [Problema svobody i ee reshenie v antichnoi filosofii]. Historical, philosophical, political and legal sciences, culture and art history. Questions of theory and practice [Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kul'turologiya i iskustvovedenie. Voprosy teorii i praktiki], 2015. No. 7. Tambov, Gramota, P. 35–38. (In Rus.)
9. Yashchenko, A., Krasnokutskogo, V., Syromyatnikov, B. (Eds.), Duguit, L. Constitutional law. General Theory of the State [Konstitutsionnoe pravo. Obshchaya teoriya gosudarstva]. M.: Tipografiya T-va I. D. Sytina, 1908. 957 p. (In Rus.)
10. Krashennikova, N. A., Zhidkov, O. A. (Eds.) History of State and Law of Foreign Countries. Vol. 1. Textbook for Higher Education Institutions [Istoriya gosudarstva i prava zarubezhnykh stran. Ch. 1. Uchebnik dlya vuzov]. M.: NORMA, 1996. 480 p. (In Rus.)
11. Kozhevnikov, V. V. (Ed.), Kozhenevsky, V. B., Rybakov V. A. Theory of State and Law: Textbook [Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik]. M.: Prospect, 2017. 463 p. (In Rus.)
12. Komarov, S. A., Malko, A. V. Theory of State and Law. Educational and methodical manual. Short textbook for universities [Teoriya gosudarstva i prava. Uchebno-metodicheskoe posobie. Kratkii uchebnik dlya vuzov]. M.: Publishing Group NORMA — INFRA-M, 1999. 448 p. (In Rus.)
13. Kruchinin, A. V. Methodological Aspects of the Consideration of the Problem of Freedom of Labor and Freedom of the Employment Contract [Metodologicheskie aspekty rassmotreniya problemy svobody truda i svobody trudovogo dogovora]. Bulletin of Udmurt University. Series "Economics and Law" [Vestnik Udmurtskogo universiteta. Seriya "Ekonomika i pravo"], 2015. No. 1 [Electronic resource]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/metodologicheskie-aspekty-rassmotreniya-problemy-svobody-truda-i-svobody-trudovogo-dogovora> (access date: 18.10.2022). (In Rus.)
14. Lushnikov, A. M., Lushnikova, M. V. Course of Labor Law: textbook: in 2 vols. Vol. 1. The essence of labor law and the history of its development. The labor rights in the system of human rights. The general part [Kurs trudovogo prava: uchebnik: v 2 t. T. 1. Sushchnost' trudovogo prava i istoriya ego razvitiya. Trudovye prava v sisteme prav cheloveka. Obshchaya chast']. M.: Statute, 2009. 879 p. (In Rus.)
15. Lushnikov, A. M., Lushnikova, M. V. Labor Law: textbook [Trudovoe pravo: uchebnik]. Moscow: Prospekt, 2021. 768 p. (In Rus.)
16. Morozova, L. A. Theory of State and Law. Textbook. 4-th ed., revised and extended [Teoriya gosudarstva i prava. Uchebnik. 4-e izd., pererab. i dop.]. M.: Russian Legal Education, 2010. 384 p. (In Rus.)
17. Omelchenko, O. A. The Universal History of State and Law: Textbook in 2 vols. Edition third, revised. Vol. 1 [Vseobshchaya istoriya gosudarstva i prava: Uchebnik v 2 t. Izdanie tret'e, ispravlennoe. T. 1]. M.: TON — Ostozhye, 2000. 528 p. (In Rus.)
18. Solov'ev, V. S., Losev, A. F., Takho-Godi, A. A. (Eds.) Plato. Collected Works in 4 vols. Vol. 1 [Sobranie sochinenii v 4 tomakh. T. 1]. M.: Mysl', 860 p. (In Rus.)
19. Popper, K. R The Open Society and Its Enemies. Vol. 1 [Otkrytoe obshchestvo i ego vragi. T. 1]. M.: Cultural Initiative, 1992. 448 p. (In Rus.)
20. Russkih, T. V. Freedom of the Parties to an Employment Contract at its Conclusion, Amendment, Termination and Limits of its Limitation: a Candidate of Legal Sciences [Svoboda storon trudovogo dogovora pri ego zaklyuchenii, izmenenii, rastorzhenii i predely ee ogranicheniya: dis. ... kand. yurid. nauk]. Izhevsk, 2011. 202 p.
21. Kuchkov, G. E. (Ed.) Jean-Jacques Rousseau. On the Social Contract. Treatises [Ob Obshchestvennom dogovore. Traktaty]. M.: KANON-press, Kuchkovo pole, 124 p. (In Rus.)
22. Afanasyev, V. S. (Ed.), Smith, A. An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations [Issledovanie o prirode i prichinakh bogatstva narodov]. M.: Exmo, 2007. 960 p. (In Rus.)

23. Tomsinov, V. A. (Ed.), Tal, L. S. Labor Contract. Civilistic Studies. Vol. 1. General provisions [Trudovoi dogovor. Tsivilisticheskie issledovaniya. Ch. 1. Obshchie polozheniya]. M.: Zerkalo, 2010. 212 p. (In Rus.)
24. Laktionov, A. (Ed.), Fromm, E. Escape from Freedom [Begstvo ot svobody]. M.: AST, 284 p. (In Rus.)
25. Kozlikhin, I. Yu. (Ed.), Khokhlov, E. B. History of Labor and Labor Law: in 3 vol. Vol. I. History of Labor in the Context of Economic, Political and Mental Systems [Istoriya truda i trudovoe pravo: v 3 t. T. I. Istoriya truda v kontekste khozyaistvennykh, politicheskikh i mental'nykh sistem]. St. Petersburg: St. Petersburg State University Publishing House, 2013. 1022 p. (In Rus.)
26. Chernyaeva, D. V. Labor Relations in the Countries of Anglo-Saxon Law [Trudovye otnosheniya v stranakh anglosaksonskogo prava]. M.: Wolters Kluwer, 2010. 208 p. (In Rus.)
27. Krashennnikov, P. V. (Ed.), Shershenevich, G. F. Selected Works: In 6 vols. Vol. 4 including the General Theory of Law [Izbrannoe: v 6 t. T. 4 vklyuchaya Obshchuyu teoriyu prava]. M.: Statute, 2016. 752 p. (In Rus.)
28. Shershenevich, G. F. History of the Philosophy of Law. 2nd edition [Istoriya filosofii prava. 2-e izdanie]. SPb: Bashmakov Brothers, 1907. 593 p. (In Rus.)

Принцип самостоятельности исполнения налоговой обязанности в условиях цифровизации экономики

Лютова Ольга Игоревна, Институт государственного и муниципального управления Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
ведущий научный сотрудник, кандидат юридических наук; e-mail: olyutova@hse.ru.

Аннотация

В исследовании рассмотрена концептуальная проблема трансформации содержания одного из принципов института налоговой обязанности — самостоятельности ее исполнения — в контексте его развития в информационной среде и в условиях активного применения современных цифровых технологий при реализации налоговых отношений.

Доказано, что в современных реалиях цифровой трансформации налогообложения в области правового регулирования принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности реализуются две взаимосвязанные тенденции: во-первых, делегирование налоговому органу обязанности по исчислению налогов не только в отношении физических лиц, но и для организаций и индивидуальных предпринимателей; во-вторых, происходит расширение перечня полномочий налоговых органов, связанных с исполнением обязанности по уплате налога.

Автором анализируются такие новеллы налогового законодательства Российской Федерации, как налог на профессиональный доход, единый налоговый платеж и автоматизированная налоговая система с точки зрения использования законодателем принципа самостоятельности при регулировании налоговых правоотношений цифровой эпохи. В заключении сделан вывод о том, что цифровизация приводит к постепенному снижению количества налоговых обязанностей налогоплательщиков, реализуемому, прежде всего, за счет возложения их как на налоговые органы, так и на иных участников налоговых правоотношений.

Ключевые слова: налоговая обязанность, принципы налогового права, самостоятельность исполнения налоговой обязанности, цифровизация, налог на профессиональный доход, единый налоговый платеж, автоматизированная упрощенная система налогообложения.

The Principle of Independence in the Fulfillment of Tax Obligations in the Context of Digitalization of the Economy

Olga I. Lyutova, Institute of State and Municipal Administration, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
Leading Researcher, PhD in Jurisprudence; e-mail: olyutova@hse.ru.

Abstract

The study considers the conceptual problem of transforming the content of one of the principles of the institution of tax liability — the independence of its execution — in the context of its development in the information environment and in the conditions of the active use of modern digital technologies in the implementation of tax relations.

It is proved that in the modern realities of the digital transformation of taxation in the field of legal regulation of the principle of independence of the fulfillment of the tax obligation, two interrelated trends are realized: firstly, the delegation of the obligation to calculate taxes to the tax authority not only in relation to individuals, but also for organizations and individual entrepreneurs; secondly, there is an expansion of the list of powers of tax authorities related to the fulfillment of the obligation to pay tax.

The author analyzes various novelties of the tax legislation of the Russian Federation from the point of view of the use by the legislator of the principle of independence in regulating the tax legal relations of the digital era. In conclusion, it was concluded that digitalization leads to a gradual reduction in the number of taxpayers' tax obligations, which is implemented primarily by imposing them on both the tax authorities and other participants in tax legal relations.

Keywords: tax liability, principles of tax law, autonomy in the execution of tax obligations, digitalization, tax on professional income, single tax payment, automated simplified taxation system.

Активное развитие цифровых технологий в сфере налогообложения кардинальным образом трансформирует традиционную парадигму отношений, складывающихся между налогоплательщиком и налоговым органом. Подобные тенденции не могут не затрагивать таких фундаментальных понятий налогового права, как его принципы. Так, например, Д. Ю. Бобошко отмечает «неизбежность процесса цифровизации, меняющего, в свою очередь, принципы налогового права, что продиктовано тотальным использованием безналичного денежного оборота, вызванного удобными цифровыми сервисами, сопровождающегося отслеживанием платежей налоговыми органами в режиме реального времени»¹.

Один из принципов налогового права — принцип самостоятельности налогоплательщиков, реализуемый при исполнении ими налоговой обязанности, является примером, демонстрирующим глобальность влияния цифровизации на налоговую систему России по причине появления принципиальных изменений распределения прав и обязанностей при его реализации. Действительно, активное применение цифровых технологий, обеспечивающих взаимодействие налоговых органов и налогоплательщиков (или иных частных субъектов налоговых отношений) изначально имеет целью минимизацию налоговых обязанностей последних, что, в свою очередь, оказывает влияние на содержание тех налогово-правовых принципов, на основании которых осуществляется реализация норм института налоговой обязанности.

Подобные обстоятельства предопределяют безусловную исследовательскую ценность развития содержания нормы налогового законодательства о самостоятельности налогоплательщика, связанного с форсированием процесса использования цифровых технологий в деятельности налоговых органов.

Обеспечение самостоятельности исполнения налоговой обязанности невозможно без установления содержания формулировки соответствующего налогово-правового принципа. Это связано с тем, что реализация исследуемого принципа представляет собой одну из фундаментальных основ российского налогового права и приобретает свои особенности в условиях цифровизации.

Институт налоговой обязанности, занимая центральное место в системе отрасли налогового права, что неоднократно подчеркивалось в юридической литературе², обладает собственным предметом правового регулирования и структурой, а также характеризуется содержательной неоднородностью, что обуславливает необходимость обеспечения логического единства соответствующих налогово-правовых норм, прежде всего, за счет институциональных принципов.

Так, принципы института налоговой обязанности, являясь институциональными (или специальными), как отмечает Д. В. Тютин, «формулируются в условиях значительного усмотрения законодателя в части их регламентации, а также могут относительно легко варьироваться по сравнению с общеправовыми принципами налогового права»³. В рамках обозначенного подхода в качестве примера одного из институциональных принципов налогового права автор указывает «самостоятельное исчисление и уплату налога налогоплательщиком»⁴.

Действительно, требование самостоятельности к поведению налогоплательщика является достаточно распространенным в российском налоговом законодательстве и реализуется в различных налоговых отношениях: связанных с ведением учетной политики, с получением статуса контролируемой иностранной компании и т. д. При этом в силу изначальной этимологической абстрактности содержания понятия самостоятельности считаем целесообразным поддержать сформированный в доктрине налогового права подход, в соответствии с которым он понимается именно в качестве институционального (специального) принципа, а не конкретного правила поведения.

Принцип самостоятельности исполнения налоговой обязанности относится к числу основополагающих идей налогово-правовой науки. Это обусловлено традиционным для российского налогового законодательства «распределением ролей» в налоговых отношениях, при котором налоговые органы осуществляют контрольно-надзорную функцию за процессом формирования денежных фондов государства за счет, прежде всего, поступлений от уплаты налогов и сборов, а также администрируют различные налоговые процессы и процедуры.

На законодательном уровне принцип самостоятельности исполнения налоговой обязанности нашел свое выражение в ч. 1 ст. 45 НК РФ, в соответствии с которой «налогоплательщик обязан самостоятельно исполнить обязанность по уплате налога, если иное не предусмотрено законодательством о налогах и сборах». Таким образом, правило о самостоятельности уплаты налога налогоплательщиком является общим, изначально предполагающим ряд содержащихся в налоговом законодательстве исключений.

¹ Бобошко Д. Ю. Перспективы применения вмененных налогов и сборов в условиях цифровизации налогового администрирования. *Налоги*, 2021. № 6. С. 7.

² См., например: Кучеров И. И. *Налоговое право России. Курс лекций*. М., 2006. С. 86; Кучерявенко Н. П. *Курс налогового права: в 2 т.* Т. 1. *Общая часть / под ред. Д. М. Щекина*. М., 2009. С. 38; Лютова О. И. *Налоговая обязанность как институт налогового права*. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014; Лютова О. И. Теория налоговой обязанности в цифровую эпоху: перспективы исследования. *Государство и право*, 2021. № 11. С. 164–167; Печенкина А. А. Место обязанности по уплате налога в системе российского налогового права. *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки*, 2018. № 5. С. 183–185 и др.

³ Тютин Д. В. *Налоговое право: курс лекций*. Доступа из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/tiutin_dv_nalogoivoie_pravo/ (дата обращения: 11.10.2022).

⁴ Там же.

Общее правило самостоятельности уплаты налога налогоплательщиком, в свою очередь, означает, что соответствующий принцип состоит из двух элементов и включает, во-первых, обязанность уплаты налога за счет собственных средств и, во-вторых, исполнение такой обязанности собственными активными действиями налогоплательщика.

Сформировалась традиция, в соответствии с которой в налогово-правовой доктрине зачастую при рассмотрении принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности исследовательский интерес концентрируется на обязанности уплаты налога за счет собственных средств налогоплательщика⁵. Полагаем, что несправедливо урезать ценность рассмотрения вопроса о личной активности налогоплательщиков для теории налогового права и практики реализации налогового законодательства РФ. Это связано с тем, что соответствующий аспект содержания принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности влияет на формирование налоговой культуры в стране⁶, уровень которой должен учитываться при планировании тех или иных изменений налогового законодательства РФ.

Что касается второй части нормы, то, как известно, существенное количество исключений из принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности предусматривалось в НК РФ изначально, в период формирования современной налоговой системы России. В частности, А. Н. Козырин отмечает, что «требование к налогоплательщику самостоятельно исполнить обязанность по уплате налога не является абсолютным»⁷.

В этой связи ряд авторов предлагает подобные исключения классифицировать на два вида с точки зрения их нормативного выражения в налоговом законодательстве Российской Федерации: содержащиеся в отдельных нормах, а также представляющие собой институты налогового права. Например, по мнению М. Н. Садчиковой, классическими для российского налогового права институтами, представляющими собой исключения из принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности, являются институты налогового агента и косвенного налогообложения⁸.

На наш взгляд, с подобным выводом сложно согласиться, поскольку общепризнано, что при конструировании косвенных налогов законодатель основывался на идее разграничения фактического и юридического налогоплательщика. При этом, как следует из правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 19.12.2019 № 41-П⁹, «цена товаров (работ, услуг) включает сумму налога и, соответственно, бремя его уплаты лежит на приобретателе». При этом юридическая обязанность по уплате косвенных налогов в отличие от указанного выше «возложения бремени уплаты» возлагается персонально на плательщика косвенного налога (см. ст. 173, 202 НК РФ). Это означает, что механизм косвенного налогообложения сам по себе не является исключением из принципа самостоятельности исполнения обязанности по уплате налога, а демонстрирует сложносоставной характер такого принципа с точки зрения его содержания.

Таким образом, самостоятельность налогоплательщика при исполнении налоговой обязанности как специальный принцип соответствующего института налогового права изначально не являлась абсолютной и, имея сложный характер содержания такого принципа, предполагала ряд исключений, предусмотренных, прежде всего, для налогоплательщиков — физических лиц как в отношении обязанности по исчислению, так и установленных применительно к обязанности по уплате налога.

В литературе по налоговому праву встречаются различные обоснования причин наличия таких исключений. А. А. Батарин, например, приходит к выводу о том, что это связано «преимущественно с тем, насколько соответствующее лицо владеет достоверной, документально оформленной информацией для исчисления налога»¹⁰.

В свою очередь, А. В. Красюков высказывает иную точку зрения о причинах возложения обязанности по исчислению налога на того или иного субъекта. По мнению автора, это «обусловлено способностью субъекта оперативно и достоверно исполнить данную обязанность... Соответственно, при выборе субъекта для возложения данной обязанности учитывается не только его обладание необходимой информацией, но и способность правильно и оперативно исчислить налог»¹¹.

Надо полагать, что при рассмотрении вопроса о выборе субъекта исполнения той или иной налоговой обязанности нужно совокупно учитывать не только аспекты, указанные выше, но и тот факт, что законодатель опирается, прежде всего, на показатель удобства и экономичности налогового администрирования того или иного налогового платежа. Поэтому ввиду массовости уплаты налогов физическими лицами реализовывать в отношении них вариант

⁵ См., например: *Садчиков М. Н.* Индивидуализация налоговой обязанности. Налоги, 2018. № 4. С. 17–19; *Шаталов С. Д.* Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). М., 2003. С. 246–247 и др.

⁶ См., например: *Реут А. В.* Влияние налоговой культуры на установление налогов (на примере налога на доходы физических лиц). Финансовое право, 2020. № 8. С. 29–33.

⁷ *Козырин А. Н.* Налоговое право : учебник для бакалавриата. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2021. С. 267.

⁸ *Садчиков М. Н.* Индивидуализация налоговой обязанности. Налоги, 2018. № 4. С. 17–19.

⁹ По делу о проверке конституционности подп. 15 п. 2 ст. 146 НК РФ в связи с запросом Арбитражного суда Центрального округа : пост. Конституционного Суда РФ от 19.12.2019 № 41-П (документ опубликован не был). Доступа из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Батарин А. А.* Правовое регулирование исчисления налога : монография / под ред. И. И. Кучерова. М.: Юриспруденция, 2014. С. 81.

¹¹ *Красюков А. В.* Порядок исчисления налога. Финансовое право, 2021. № 3. С. 18–22.

самостоятельности исполнения обязанности по исчислению и уплате налога в полной мере объективно не представляется целесообразным.

Дальнейшее развитие правового регулирования института налоговой обязанности, связанное с активным применением цифровых технологий и цифровизацией налогового администрирования, демонстрирует расширение перечня исключений из общих правил о самостоятельности исполнения налоговой обязанности, что выражается в следующих тенденциях правового регулирования соответствующих налоговых отношений.

Прежде всего, принципиально важной новеллой эпохи цифровизации экономики стало распространение исключения об отказе от самостоятельности исполнения налоговой обязанности при исчислении налога в отношении не только физических лиц, но и организаций и индивидуальных предпринимателей.

Первым шагом в этом направлении с определенной долей условности можно назвать принятие Федерального закона от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима “Налог на профессиональный доход”»¹². Как известно, сумма такого налога исчисляется налоговым органом, а налогоплательщику направляется налоговое уведомление в мобильном приложении «Мой налог», что означает, как отмечает С. С. Тропская, отсутствие у налогоплательщика обязанности самостоятельно исчислять налог¹³.

В литературе по налоговому праву существуют и иные точки зрения на правовое регулирование обязанности по исчислению налога в рамках данного специального налогового режима — она, по сути, «разделена между налогоплательщиком и налоговым органом: налогоплательщик осуществляет учет своих доходов в программном продукте, а налоговый орган посредством такого продукта осуществляет расчет суммы налога»¹⁴.

Подобная точка зрения, на наш взгляд, весьма сомнительна, в частности, по причине существования традиционно выделяемых в доктрине налогового права пяти последовательных стадий исчисления налога: 1) определение объекта налога; 2) определение базы налога; 3) выбор ставки налога; 4) применение налоговых льгот; 5) расчет суммы налога¹⁵. Соответственно, в случае рассмотрения действий налогоплательщика по осуществлению учета доходов в приложении «Мой налог» в качестве составляющей части обязанности по исчислению налога происходит ее отождествление с другой общепризнанной налоговой обязанностью, обычно выделяемой авторами литературы по налоговому праву в качестве самостоятельной¹⁶, — обязанности вести учет доходов (расходов), полученных при осуществлении налогооблагаемой деятельности, а также объектов налогообложения (подп. 3 п. 1 ст. 23 НК РФ).

Также отметим, что условность использования режима налогообложения самозанятых в качестве примера заключается в том, что статус налогоплательщика налога на профессиональный доход, получившего в литературе наименование самозанятого, в настоящее время однозначно не определен законодателем и вызывает многочисленные споры в юридической литературе с точки зрения возможности признания таких лиц предпринимателями. Как известно, в Федеральном законе № 422-ФЗ налогоплательщиками признаются как физические лица, так и индивидуальные предприниматели, уплачивающие налог по различным ставкам. Кроме того, такой закон был подготовлен во исполнение положений Указа Президента РФ от 07.05.2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года», в п. 13 которого так называемые самозанятые граждане выделяются в отдельную группу плательщиков, отличных от индивидуальных предпринимателей¹⁷. Полагаем, что в ситуации отсутствия в НК РФ соответствующих изменений о новом виде налогоплательщиков-самозанятых вопрос их налогово-правового статуса следует считать неоднозначным.

В этой связи в налогово-правовой литературе превалирующей точкой зрения в отношении правового статуса самозанятых является их отнесение к индивидуальным предпринимателям¹⁸. Надо полагать, что в этом есть определенная ценность: отсутствие у самозанятых статуса индивидуального предпринимателя на сегодняшний день не позволяет распространять на их деятельность требования законодательства о защите прав потребителей, что без сомнений является «слабой стороной» правового регулирования деятельности плательщиков налога на профессиональный доход.

Следующим этапом «посубъектного» расширения перечня исключений из принципа самостоятельности исполнения налогоплательщиком налоговой обязанности стало принятие и введение в действие с 1 июля 2022 г. нового

¹² О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход»: федер. закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ. Собрание законодательства Российской Федерации, 2018. № 49 (ч. 1). Ст. 7494.

¹³ Тропская С. С. Налогообложение самозанятых и цифровая экономика: налог на профессиональный доход. Финансовое право, 2019. № 5. С. 22–26.

¹⁴ Красюков А. В. Порядок исчисления налога. Финансовое право, 2021. № 3. С. 18–22.

¹⁵ Налоги и налоговое право: учебное пособие / В. Р. Берник, А. В. Брызгалин, А. Н. Головкин, О. Н. Попов и др.; под ред. А. В. Брызгалова. М.: Аналитика-Пресс, 1997. С. 264–265.

¹⁶ См., например: Лютова О. И. Налоговая обязанность как институт налогового права: дис. ... канд. юрид. наук. М.: РАП, 2014; Налоговое право: учебник для бакалавров / под ред. И. А. Цинделиани. М.: Проспект, 2016 и др.

¹⁷ Пояснительная записка к законопроекту № 551845-7 «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима “Налог на профессиональный доход” в городе федерального значения Москве, в Московской и Калужской областях, а также в Республике Татарстан (Татарстан)». Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/551845-7> (дата обращения: 11.10.2022).

¹⁸ См., например: Жукова Ю. Д., Подмаркова А. С. Самозанятые граждане: правовая квалификация деятельности и перспективы формирования специального режима. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 49.

специального налогового режима — автоматизированной упрощенной системы налогообложения (далее — АУСН)¹⁹, одной из особенностей которой является исчисление налога в отношении плательщиков-организаций и индивидуальных предпринимателей исключительно налоговым органом.

Интересно, что в случае применения АУСН речь идет об ином распределении налоговых обязанностей, по сравнению с ситуацией применения норм о налоге на профессиональный доход, что непосредственным образом влияет на реализацию принципа самостоятельности исполнения налоговой обязанности. Это связано с возложением обязанности по передаче в налоговый орган сведений об операциях по счету, открытому в кредитной организации, об операциях с электронными денежными средствами, а также о выплате доходов физическим лицам, необходимым для исчисления налога на доходы физических лиц и страховых взносов в государственные внебюджетные фонды, на «кредитные организации, уполномоченные налогоплательщиком». В этой связи важно подчеркнуть, что «кредитная организация наделяется вышеуказанными дополнительными обязанностями не в силу поручения со стороны налогоплательщика, а в силу закона»²⁰, что не позволяет характеризовать подобные отношения в качестве налогового представительства. Помимо этого, информацию о переходе налогоплательщика на АУСН предоставляет кредитной организации не он сам, а налоговый орган, что означает императивность «перехода» обязанности по предоставлению необходимых для исчисления налогов сведений с плательщика на кредитную организацию.

Также важно отметить, что традиционно имущественные налоги физического лица (транспортный налог, налог на имущество физического лица и земельный налог) исчисляются за него налоговыми органами на основании информации органов власти и иных лиц, производящих регистрацию объектов обложения — недвижимого имущества, земельных участков и транспортных средств (см., например, ст. 5 Закона РФ от 09.12.1991 № 2003-1 «О налогах на имущество физических лиц»). В условиях цифровизации, в том числе при исполнении налоговой обязанности, налогоплательщик — физическое лицо не освобождается от обязанности информирования ФНС РФ о возникших у него объектах обложения названными налогами в установленном порядке (п. 2.1 ст. 23 НК РФ), что не позволяет признать делегирование налоговой самостоятельности от налогоплательщиков налоговым органам в порядке ст. 45.1 НК РФ абсолютной.

Соответственно, правовое регулирование принципа самостоятельности налогоплательщика при исполнении налоговой обязанности в эпоху цифровизации существенным образом трансформируется в сторону снижения фактов необходимой активности плательщика в отношении исчисления налога. Соответствующая обязанность возлагается законодателем на налоговый орган или на иных лиц, участвующих в налоговых правоотношениях.

Еще одной тенденцией в направлении фактического делегирования налогоплательщиком самостоятельности, связанной с исчислением и уплатой налога, стало появление в НК РФ ст. 45.1 о едином налоговом платеже физического лица (далее — ЕНП), который, по справедливому замечанию А. В. Красюкова, представляет собой механизм авансирования налогоплательщиками — физическими лицами — налогового кредитора по имущественным налогам²¹.

Что касается ЕНП, то принципиально важной новеллой его исчисления и уплаты является следующее правило: налогоплательщик либо третье лицо за налогоплательщика направляет денежные средства в виде специального авансового платежа в счет исполнения обязанности по уплате транспортного, земельного налога и/или налога на имущество физических лиц в бюджетную систему РФ, а налоговому органу предоставляется право самостоятельного определения, в соответствии с установленными в налоговом законодательстве правилами, в счет уплаты какого налога эти денежные средства должны быть направлены. Факторами, влияющими на принятие налоговым органом решения, являются, например, наличие или отсутствие недоимки и/или налоговой задолженности.

Таким образом, механизм ЕНП предполагает фактическое отсутствие самостоятельности налогоплательщика в распоряжении авансовым платежом, поступившим в распоряжение государства в виде ЕНП. Это позволяет констатировать, что второй тенденцией, связанной с трансформацией содержания принципа самостоятельности налогоплательщика при исполнении налоговой обязанности, является расширение перечня функций налоговых органов, связанных с исполнением обязанности по уплате налога.

Что касается причин, по которым законодатель реализует указанные тенденции, то в литературе по налоговому праву существует мнение о том, что принцип самостоятельности исполнения налоговой обязанности нивелируется в угоду удобства, с чем сложно согласиться. На наш взгляд, речь идет о формировании нового механизма, повышающего результативность процесса уплаты налога, который предполагает минимизацию усилий налогоплательщика, связанных с подготовкой налоговой отчетности.

Помимо этого, интересно отметить, что в современном варианте удобство зачастую понимается исследователями в негативном ключе. Авторы полагают, что оно является фактором, при реализации которого снижается значение важнейших принципов налогового права — всеобщность налогообложения, а также обязательность уплаты налогов,

¹⁹ О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Автоматизированная упрощенная система налогообложения»: федер. закон от 25.02.2022 № 17-ФЗ. Собрание законодательства Российской Федерации, 2022. № 9 (ч. 1). Ст. 1249.

²⁰ Красюков А. В. Трансформация налогового обязательства в рамках автоматизированной упрощенной системы налогообложения. *Налоги*, 2022. № 4. С. 10–13.

²¹ Красюков А. В. Единый налоговый платеж физического лица: понятие и правовая природа. *Налоги*, 2019. № 3. С. 8–10.

что не представляется точным, поскольку «первыми принципами налогообложения были принципы справедливости, определенности, удобства и экономности, сформулированные известным шотландским ученым Адамом Смитом в 1776 г. в монографии «Исследование о природе и причинах богатства народов»²².

Литература

1. Батарин А. А. Правовое регулирование исчисления налога : монография / под ред. И. И. Кучерова. М.: Юриспруденция, 2014. 216 с.
2. Бобошко Д. Ю. Перспективы применения вмененных налогов и сборов в условиях цифровизации налогового администрирования. *Налоги*, 2021. № 6. С. 7.
3. Жукова Ю. Д., Подмаркова А. С. Самозанятые граждане: правовая квалификация деятельности и перспективы формирования специального режима. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2021. № 4. С. 49–79.
4. Козырин А. Н. *Налоговое право : учебник для бакалавриата*. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2021. 487 с.
5. Красюков А. В. Единый налоговый платеж физического лица: понятие и правовая природа. *Налоги*, 2019. № 3. С. 8–10.
6. Красюков А. В. Порядок исчисления налога. *Финансовое право*, 2021. № 3. С. 18–22.
7. Красюков А. В. Трансформация налогового обязательства в рамках автоматизированной упрощенной системы налогообложения. *Налоги*, 2022. № 4. С. 10–13.
8. Кучеров И. И. *Налоговое право России. Курс лекций*. М.: Центр ЮрИнфоР, 2006. 447 с.
9. Кучерявенко Н. П. *Курс налогового права: в 2 т. Т. 1. Общая часть / под ред. Д. М. Щекина*. М.: Статут, 2009. 861 с.
10. Лютова О. И. *Налоговая обязанность как институт налогового права*. Дис. ... канд. юрид. наук. М.: РАП, 2014. 223 с.
11. Лютова О. И. Теория налоговой обязанности в цифровую эпоху: перспективы исследования. *Государство и право*, 2021. № 11. С. 164–167.
12. *Налоги и налоговое право : учебное пособие / В. Р. Берник, А. В. Брызгалин, А. Н. Головкин, О. Н. Попов и др.; под ред. А. В. Брызгалина*. М.: Аналитика-Пресс, 1997. 600 с.
13. *Налоговое право : учебник для бакалавров / под ред. И. А. Цинделиани*. М.: Проспект, 2016. 656 с.
14. Печенкина А. А. Место обязанности по уплате налога в системе российского налогового права. *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки*, 2018. № 5. С. 183–185.
15. Реут А. В. Влияние налоговой культуры на установление налогов (на примере налога на доходы физических лиц). *Финансовое право*, 2020. № 8. С. 29–33.
16. Садчиков М. Н. Индивидуализация налоговой обязанности. *Налоги*, 2018. № 4. С. 17–19.
17. Тропская С. С. Налогообложение самозанятых и цифровая экономика: налог на профессиональный доход. *Финансовое право*, 2019. № 5. С. 22–26.
18. Тютин Д. В. *Налоговое право : курс лекций*. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/tiutin_dv_nalogovoe_pravo/ (дата обращения: 11.10.2022).
19. Шаталов С. Д. *Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)*. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 2003. 688 с.
20. Ядрихинский С. А. Принцип всеобщности налогообложения. *Вестник Университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА)*, 2018. № 9. С. 97–109.

References

1. Batarin, A. A. Legal Regulation of Tax Calculation: monograph [Pravovoe regulirovanie ischisleniya naloga: monografiya] / ed. I. I. Kucherov. M.: Jurisprudence [Yurisprudentsiya], 2014. 216 p. (In Rus.)
2. Boboshko, D. Yu. Prospects for the use of Imputed Taxes and Fees in the Context of Digitalization of Tax Administration [Perspektivy primeneniya vmenennykh nalogov i sborov v usloviyakh tsifrovizatsii nalogovogo administrirovaniya]. *Taxes [Nalogi]*. 2021. No. 6. P. 7. (In Rus.)
3. Zhukova, Yu. D., Podmarkova, A. S. Self-Employed Citizens: Legal Qualification of Activity and Prospects for the Formation of a Special Regime [Samozanyatyie grazhdane: pravovaya kvalifikatsiya deyatel'nosti i perspektivy formirovaniya spetsial'nogo rezhima]. *Law. Journal of the Higher School of Economics [Pravo. Zhurnal Vyshej Shkoly Ekonomiki]*. 2021. No. 4. P. 49–79. (In Rus.)
4. Kozyrin, A. N. Tax Law: a Textbook for Undergraduate Students [Nalogovoe pravo: uchebnik dlya bakalavriata]. M.: Ed. house of the Higher School of Economics [Izd. dom Vyshei shkoly ekonomiki]. 2021. 487 p. (In Rus.)
5. Krasnyukov, A. V. Unified Tax Payment of an Individual: Concept and Legal Nature [Edinyi nalogovyi platezh fizicheskogo litsa: ponyatie i pravovaya priroda]. *Taxes [Nalogi]*. 2019. No. 3. P. 8–10. (In Rus.)

²² См.: Ядрихинский С. А. Принцип всеобщности налогообложения. *Вестник Университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА)*, 2018. № 9. С. 99.

6. Krasnyukov, A. V. Tax Calculation Procedure [Poryadok ischisleniya naloga]. Financial Law [Finansovoe pravo]. 2021. No. 3. P. 8–22. (In Rus.)
7. Krasnyukov, A. V. Transformation of Tax Liability in the Framework of an Automated Simplified Taxation System [Transformatsiya nalogovogo obyazatel'stva v ramkakh avtomatizirovannoi uproshchennoi sistemy nalogooblozheniya]. Taxes [Nalogi]. 2022. No. 4. P. 10–13. (In Rus.)
8. Kucherov, I. I. Tax Law in Russia. Lecture course [Nalogovoe pravo Rossii. Kurs lektsii]. M.: Center YurlInfoR [Tsentr YurlInfoR], 2006. 447 p. (In Rus.)
9. Kucheryavenko, N. P. Course of Tax Law: in 2 vols. T. 1. General part [Kurs nalogovogo prava: v 2 t. T. 1. Obshchaya chast'] / ed. D. M. Shchekin. M.: Statut, 2009. 861 p. (In Rus.)
10. Lyutova, O. I. Tax Liability as an Institution of Tax Law [Nalogovaya obyazannost' kak institut nalogovogo prava]. A PhD Thesis in Law [diss. na soiskanie uchenoi stepeni kand. jurid. nauk]. M.: RAP, 2014. 223 p. (In Rus.)
11. Lyutova, O. I. The Theory of Tax Liability in the Digital Era: Research Perspectives [Teoriya nalogovoi obyazannosti v tsifrovuyu epokhu: perspektivy issledovaniya]. State and Law [Gosudarstvo i pravo]. 2021. No. 11. P. 164–167. (In Rus.)
12. Taxes and Tax Law: textbook [Nalogi i nalogovoe pravo: uchebnoe posobie] / V. R. Bernik, A. V. Bryzgalin, A. N. Golovkin, O. N. Popov and others; ed. A. V. Bryzgalina. M.: Analytics-Press, 1997. 600 p. (In Rus.)
13. Tax Law: Textbook for Bachelors [Nalogovoe pravo: uchebnik dlya bakalavrov] / ed. I. A. Tsindeliani. M.: Prospekt, 2016. 656 p. (In Rus.)
14. Pechenkina, A. A. The Place of Obligation to Pay Tax in the System of Russian Tax Law [Mesto obyazannosti po uplate naloga v sisteme rossiiskogo nalogovogo prava]. Humanities, Socio-economic and Social Sciences [Gumanitarnye, socialno-ehkonomicheskie i obshchestvennye nauki]. 2018. No. 5. P. 183–185. (In Rus.)
15. Reut, A. V. Influence of Tax Culture on the Establishment of Taxes (for example, tax on personal income) [Vliyaniye nalogovoi kul'tury na ustanovlenie nalogov (na primere naloga na dokhody fizicheskikh lits)]. Financial Law. 2020. No. 8. P. 29–33. (In Rus.)
16. Sadchikov, M. N. Individualization of Tax Liability [Individualizatsiya nalogovoi obyazannosti]. Taxes [Nalogi]. 2018. No. 4. P. 17–19. (In Rus.)
17. Tropkaya, S. S. Taxation of the Self-Employed and the Digital Economy: Tax on Professional Income [Nalogooblozhenie samozanyatkh i tsifrovaya ekonomika: nalog na professional'nyi dokhod]. Financial Law [Finansovoe pravo]. 2019. No. 5. P. 22–26. (In Rus.)
18. Tyutin, D. V. Tax Law: a Course of Lectures [Nalogovoe pravo: kurs lektsii]. Access mode SPS ConsultantPlus (accessed 10.11.2022). (In Rus.)
19. Shatalov, S. D. Commentary on the Tax Code of the Russian Federation, part one (item-by-article) [Kommentarii k Nalogovomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chasti pervoi (postateinyi)]. M.: International Center for Financial and Economic Development, 2003. 688 p. (In Rus.)
20. Yadrinhinskiy, S. A. The principle of universality of taxation [Printsip vseobshchnosti nalogooblozheniya]. Bulletin of the Kutafin University (MSUA) [Vestnik universiteta im. O. E. Kutafina (MGYUA)]. 2018. No. 9. P. 97–109. (In Rus.)

Нормы морали и нравственности как фундамент развития законодательства о цифровой экономике

Абрамова Елена Николаевна, Санкт-Петербургский государственный экономический университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)
доцент кафедры гражданского и корпоративного права, кандидат юридических наук;
e-mail: dept.kgkp@unecon.ru.

Аннотация

Исследование посвящено выявлению значения норм морали и нравственности при формировании нормативной базы в сфере цифровой экономики. Обосновывается, что нормы морали и нравственности могут рассматриваться как эффективный критерий определения допустимости и оправданности новой правовой нормы, устанавливающей правила поведения, связанные с использованием цифровых объектов, оказанием цифровых услуг.

Ключевые слова: нормы морали и нравственности, справедливость, цифровая экономика, принципы этики, принцип гуманизма.

Norms of Morality as the Foundation for the Development of Legislation on the Digital Economy

Elena N. Abramova, Saint Petersburg State University of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation)
Associate Professor, Department of Civil and Corporate Law, PhD in Jurisprudence;
e-mail: dept.kgkp@unecon.ru.

Abstract

The study is devoted to identifying the importance of moral norms in the formation of a regulatory framework in the digital economy. Objective: to determine the role of moral norms in the era of the digital economy in law. Results: the importance of moral norms as an effective criterion for determining the admissibility and justification of a new legal norm is proved. Moral norms should be used when establishing rules of conduct in connection with digital objects and the user agreement. The law of the digital economy does not need the formation of new principles of ethics or other in connection with the introduction of digital technologies.

Keywords: norms of morality, justice, digital economy, principles of ethics, the principle of humanism.

Одной из текущих тенденций развития законодательства во всех его отраслях сегодня является формирование совокупности норм о цифровой экономике. При этом следует учитывать естественные ограничения такого формирования. Одним из таких ограничений выступает осознание действительной необходимости цифровизации общественных отношений, поскольку цифровизация ради самой цифровизации не нужна и опасна для общества, государства и частных интересов.

Поиск критерия необходимости внедрения цифровых технологий является сегодня, таким образом, крайне актуальным. Экономическая целесообразность, как представляется, не может быть таким критерием, поскольку именно она выступает предпосылкой и движущим фактором технического и технологического развития. Экономический прогресс, как правило, происходит одновременно с прорывом в развитии науки и техники. При этом последнее, как отмечается исследователями, негативно сказывается на качестве влияния фундаментальных представлений человека о добре и зле. Как отмечается в литературе, рост науки, сопровождающийся ростом человеческих возможностей и appetitов, одновременно приводит к появлению учения об отказе от нравственных норм¹, формированию принципа эгоизма. Поэтому неудивительно, что цифровая экономика, как симптом очередного скачка технического прогресса, безусловно, характеризуется опасностью разрушения базовых нравственных представлений.

Именно поэтому базовые принципы права, которые отражают этические представления человеческого общества в юридической форме, то есть являются морально-нравственными правилами поведения, могут стать естественным и эффективным ограничителем и лакмусовой бумажкой, выявляющей необходимость цифровизации в том или ином случае или контексте. Таким образом, нормы морали и нравственности можно признать базовым критерием квалификации того или иного нового технократического явления в праве как допустимого. Поскольку

¹ Княгина М. Н. Основы цифровой экономики. М., 2021.

идея справедливости, оформленная в нормах морали и нравственности, заложена в основе существующего права, их можно рассматривать не только как критерий правомерности поведения субъекта, но и как критерий оправданности и качества правовой нормы.

Уязвимость морально-нравственных принципов в цифровую эпоху демонстрируется выявлением в научных исследованиях этических рисков при внедрении цифровых технологий, среди которых называют: 1) дегуманизацию, проявляющуюся в универсализации, несовместимой с признанием человека и его жизни высшей ценностью и мериллом справедливости; 2) деперсонификацию, приводящую к лишению человека личностных черт, шаблонному, программистскому типу мышления, заменяющего аналитический тип мышления; 3) снижение качества личного контроля за персональными данными, которое влечет утрату чувства ответственности при отсутствии телесного ощущения имущества, доступность личных сведений для любых третьих лиц, в том числе правонарушителей, накопление всех данных о человеке в едином центре, доступ к которому упрощает манипулирование человеком, который воспринимает навязанные идеи как свои в результате легкости такого выбора. Как видно из указанных трех названных рисков, они нарушают принцип справедливости, снижая значение индивидуума по сравнению с искусственным интеллектом, а также с «правильным большинством», типологизированным машиной.

В литературе также отмечаются риски развития цифрового неравенства и цифровой дискриминации, которые проявляются в разном уровне доступа к цифровым технологиям, предвзятости алгоритмов и безусловном доверии машине, ухудшении условий труда из-за алгоритмов, зависимости от платформ и власти IT-гигантов². Такие риски не позволяют применять традиционные методы и принципы правового регулирования, в том числе свойственные частному праву принципы юридического равенства сторон и свободы договора.

Помимо указанных выше этических рисков следует выделить риск утраты возможности проявления свободы в установлении своих прав и обязанностей, в действии в своем интересе. Особая опасность такого риска заключается в его незаметности. Цифровизация несет этический риск манипуляции человеком, поскольку связана с накоплением всех данных о человеке в едином центре, что позволяет субъектам, имеющим доступ к такому центру, воздействовать на человека, который навязанные идеи воспринимает как собственные и даже радуется предоставленным возможностям. Потребитель ориентируется не на свои потребности, а на чужие комментарии, мнения, модные навязанные тенденции и т. п. Субъект в результате утрачивает черты индивидуальности, что также упрощает управление им, поскольку легче контролировать несколько типов людей, чем множество разнообразных, индивидуально легко различимых личностей.

Казалось бы, на международном уровне сформулированы принципы этики при развитии цифровых технологий, к которым относят, прежде всего, принцип гуманизма, заключающийся:

- в гарантии основных прав человека;
- поддержке слабых;
- формировании социальных и нравственных качеств для самореализации.

Однако, как нетрудно заметить, соблюдение подобных принципов не способно предотвратить развитие названных выше этических рисков, а лишь создает видимость защиты человека и его человеческих свойств. Нарушить последние оказывается значительно проще, если это объясняется поддержкой слабых или продвижением человеческого потенциала, то есть позитивными с внешней стороны намерениями. Так, Г. О. Греф полагает, что «цифровизация — это единственный способ борьбы с коррупцией»³, поскольку минимизирует возможность влияния на цифровой документооборот субъектов, не имеющих доступ к цифровой платформе. Однако, политолог Г. Бовт отметил, что «цифровизация ведет не к искоренению коррупции, а к тому, что она еще сильнее перемещается на более высокий уровень. На тот уровень, который, собственно, и контролирует эту самую «цифру»»⁴.

Поэтому чтобы не допустить искажения истинного смысла как законодательства, так и человеческих представлений о добре и зле, ориентироваться необходимо не на благие намерения, которые должны в будущем реализоваться в том или ином этическом достижении, а в сопоставлении последствий внедрения той или иной новой нормы в действующее законодательство, особенно когда оно касается регулирования цифровой экономики, с принципами права, в том числе зафиксированными законодательно, например, в форме принципов гражданского права. Поэтому важным представляется повышение влияния норм морали и нравственности как дополнительного источника права при формировании цифрового законодательства. Как отмечается в литературе, «потеря нравственного чувства, господство эгоистического начала смертельно опасны для общества. Безнравственный человек не различает, что есть добро, а что есть зло. И если эгоизм охватывает значительную часть социума и достигает некоей критической величины, наступает социальная катастрофа»⁵. Представляется особенно опасным, когда безнравственный человек

² Этика и «цифра»: от проблем к решениям / П. А. Алферов, А. В. Архипов, К. И. Боровикова, Е. К. Волкович и др. М., 2021. С. 32–36.

³ Греф считает цифровизацию единственным способом борьбы с коррупцией [Электронный ресурс]. Коммерсантъ, 2019. 16 янв. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3854957> (дата обращения: 11.11.2019).

⁴ Бовт Г. Цифровизация: панацея от коррупции или иллюзия? [Электронный ресурс]. BMF.RU. URL: <https://www.bfm.ru/news/404601> (дата обращения: 11.11.2019).

⁵ Сычев А. А., Зайцева Е. В., Толкачев П. С. Нравственно-этические аспекты цифровой экономики. Вестник университета, 2020. № 1. С. 36–39.

находится в плену иллюзии хороших намерений, безоглядно разрушая в целях гуманизма не только свою жизнь, но и жизнь других людей и человеческого общества в целом.

Таким образом, при формировании правового регулирования цифровой экономики не следует создавать новые базовые ценности, поскольку такое создание сопровождается игнорированием традиционных норм морали и нравственности, исторически на протяжении веков подтвердивших свою способность выполнять заложенные функции — стоять на страже справедливости и устойчивости человеческого общества. Не случайно сохранение и защита традиционных ценностей, в числе которых в п.5 Указа Президента от 9 ноября 2022 г. «Об утверждении Основ государственной политики по сохранению и укреплению традиционных российских духовно-нравственных ценностей» называются справедливость, высокие нравственные идеалы, гуманизм, взаимопомощь и взаимоуважение и др., которые можно отнести к нормам морали и нравственности, признаются стратегическим национальным приоритетом и необходимым элементом национальной безопасности Российской Федерации.

Формирование законодательства о цифровой экономике необходимо строить с опорой на нормы морали и нравственности, которые и будут выступать единственным критерием справедливости и допустимости таких изменений. Например, с опорой на них необходимо строить формирование правового регулирования цифровых прав, то есть субъективных гражданских прав на цифровые объекты, которые формируются в цифровой среде. Особенно это касается оборота таких цифровых прав, которые связаны с личными неимущественными отношениями граждан, например, их правами на цифровой контент, на персональные данные, на цифровой образ человека и т. п. Те же нормы не допускают самостоятельного формирования операторами информационных систем правил информационной системы, которые сегодня практически не имеют регламентации, в результате чего цифровая платформа выступает «государством в государстве», игнорируя любое национальное законодательство и считая себя вне какого-либо регулирования. Правила информационной системы как акт, составляемый в одностороннем порядке и существенно влияющий на права и обязанности всех пользователей информационной системы, должны строго соответствовать действующему законодательству и нормам морали и нравственности.

Некоторые нормы морали и нравственности получили свое отражение в базовых принципах гражданского права, перечисленных в том числе в п. 1 ст. 1 ГК РФ. Их прямое применение в порядке аналогии права может позволить решить те актуальные проблемы правоприменения, которые стоят сегодня перед правоприменителями и исследователями в отсутствие системного законодательства о цифровой экономике. Так, не соответствует нормам морали и нравственности ситуация, при которой оказывается невозможным оспорить решение, принятое на основе искусственного интеллекта, поскольку она прямо противоречит предусмотренным принципам недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты. Сведения цифровой системы вне должны быть бесспорными. Они могут лишь создавать презумпцию, которая является опровержимой, что позволит субъектам, информация о которых искажена по технической причине или по злему умыслу, защитить свои права. В противном случае создается законодательство, не обеспечивающее механизм оспаривания цифровой информации. Исчезает презумпция добросовестности действия участника гражданского правоотношения, установленная в п. 5 ст. 10 ГК РФ, которая также является отражением принципа справедливости.

Таким образом, нормы морали и нравственности, отраженные в базовых принципах гражданского права, а также вытекающие из исторических традиций российского общества и правил общежития человеческого общества, доказавшие свою состоятельность на протяжении тысячелетий, должны учитываться как фундаментальные в целях недопущения разрушения общества при его цифровизации.

Литература

1. *Конягина М. Н.* Основы цифровой экономики. М., 2021.
2. *Сычев А. А., Зайцева Е. В., Толкачев П. С.* Нравственно-этические аспекты цифровой экономики. Вестник университета, 2020. № 1. С. 36–39.
3. Этика и «цифра»: от проблем к решениям / П. А. Алферов, А. В. Архипов, К. И. Боровикова, Е. К. Волкович и др. М., 2021. С. 32–36.

References

1. Konyagina, M. N. Fundamentals of the Digital Economy [Osnovy cifrovoj ekonomiki]. M., 2021. (In Rus.)
2. Sychev, A. A., Zaitseva, E. V., Tolkachev, P. S. Moral and Ethical Aspects of the Digital Economy [Nравstvenno-eticheskie aspekty cifrovoj ekonomiki]. Bulletin of the University [Vestnik universiteta]. 2020. No. 1. P. 36–39. (In Rus.)
3. Ethics and “Figure”: From Problems to Solutions [Jetika i “cifra”: ot problem k reshenijam] / Alferov P. A., Arkhipov A. V., Borovikova K. I., Volkovich E. K. and others. M., 2021. P. 32–36. (In Rus.)

Конституционно-правовые основы экспериментальных правовых режимов

Сушильников Илья Сергеевич, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
аспирант; e-mail: sushilnikov@gmail.com, isushilnikov@hse.ru.

Аннотация

Актуальность исследования обусловлена важностью вопроса о правовой природе такого молодого института, как экспериментальный правовой режим. Автором приведены теоретические разработки в области исследования конституционных основ экспериментальных правовых режимов, их соотношения с нормами Конституции РФ, посвященными регулированию принципов правового, демократического, федеративного государства, поддержки конкуренции, свободного использования своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, единства экономического пространства на территории РФ, недопустимости ограничения конституционных прав и свобод граждан, законности и равенства всех перед законом. В статье дан анализ соотношения экспериментального правового режима и партнерства предпринимателей и органов власти, а также соотношения экспериментального правового режима и делегирования публичных полномочий частным лицам. Автор, апеллируя к судебной практике Конституционного Суда РФ, делает вывод о том, что экспериментальный правовой режим основан на ст. 1, 3, 8, 19, 29, 34, 55 и 75.1 Конституции РФ.

Ключевые слова: экспериментальный правовой режим, ГЧП, партнерство предпринимателей и органов власти, Конституция, конституционно-правовые основы, делегирование полномочий.

Constitutional and Legal Foundations of Experimental Legal Regimes

Ilya S. Sushilnikov, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
doctorate student; e-mail: sushilnikov@gmail.com.

Abstract

The relevance of the study is due to the importance of the question of the legal nature of such a young institution as an experimental legal regime. The author presents theoretical developments in the field of studying the constitutionality of experimental legal regimes, their relationship with the norms of the Constitution of Russia, dedicated to regulating the principles of a legal, democratic, federal state, support for competition, free use of one's abilities and property for entrepreneurial and other economic activities not prohibited by law, the unity of economic space on the territory of the Russian Federation, the inadmissibility of restricting constitutional rights and citizens' freedoms, legality and equality of all before the law. The article analyzes the relationship between the experimental legal regime and the partnership of entrepreneurs and authorities. An attempt is made to analyze the correlation between the experimental legal regime and the delegation of public powers to private individuals. The author, appealing to the judicial practice of the Constitutional Court of the Russian Federation, concludes that the experimental legal regime is based on the articles 1, 3, 8, 19, 29, 34, 55 and 75.1 of the Constitution of Russia.

Keywords: experimental legal regime, PPP, partnership of entrepreneurs and authorities, Constitution, constitutional foundation, delegation of authority.

Введение

Право медленно реагирует на технологические изменения в силу своей консервативности и направленности на стабильность, правовую определенность и предсказуемость¹. Регулирование новых технологий позволяет формировать и внедрять технологические инновации, развивать законодательство о конкуренции и методы рыночного регулирования, построение альтернативных режимов правового регулирования, направленных на упреждающую политику².

¹ Наумов В. Б. Право в эпоху цифровой трансформации: в поисках решений. Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 6 (108). С. 4–11.

² Svetiev Y. Experimentalist Competition Law and the Regulation of Markets. London: Hart and Bloomsbury Publishing, 2020. P. 124.

Для того чтобы законодательство быстрее реагировало на технологические изменения, государство сотрудничает с предпринимателями. Регуляторные «песочницы» являются довольно молодым институтом, хотя некоторые исследователи относят их появление еще к XIX в.³ Регуляторные «песочницы» создают безопасную площадку для тестирования инноваций в рамках существующего правового режима либо позволяют временно применять иной правовой режим к небольшой группе предпринимателей. Как указывают Б. Лим и Ц. Лоу, регуляторные «песочницы» предполагают тесное сотрудничество между публичными и частными партнерами⁴. На сегодняшний день регуляторные «песочницы» в значительной степени ограничены индустрией финансовых технологий несмотря на то, что другие отрасли сталкиваются с аналогичными проблемами, связанными с внедрением новых технологий.

Концепция регуляторных «песочниц» была впервые предложена в 2015 г. Управлением по финансовому регулированию и надзору Великобритании в качестве поддержки быстро развивающегося сектора финансовых технологий Великобритании⁵ и предлагала предпринимателям платформу для тестирования инновационных продуктов, услуг в области финансовых технологий на условиях, отличных от существующего правового режима. Управление по финансовому регулированию и надзору Великобритании приводит данные о сокращении времени и затрат на вывод новых, инновационных идей на рынок, и, согласно опубликованным отчетам, около 90% фирм⁶, которые завершили проект в рамках регуляторной «песочницы», продолжили развитие инновационного проекта. Необходимость установления регуляторных «песочниц» в рамках экономического сотрудничества была признана в рамках Евразийского экономического союза (Решение Высшего Евразийского экономического совета от 11.10.2017 № 12).

С 2018 г. Банк России развивал регуляторную «песочницу» в форме «ограниченного регулятивного эксперимента» в рамках программы «Основные направления развития финансовых технологий на период 2018–2020 гг.» для проектов финансовых технологий. В августе 2018 г. «Сбербанк» в рамках регуляторной «песочницы» Банка России запустил пилотный проект по IT-сервису⁷. В законодательство РФ в 2020 г. Федеральным законом от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в РФ» (далее — ФЗ о ЭПР) введен институт экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций. При этом сфера применения закона не ограничивается финансовыми технологиями, но распространяется на иные сферы применения цифровых инноваций. Экспериментальный правовой режим в сфере цифровых инноваций представляет собой специальное регулирование по направлениям разработки, апробации и внедрения цифровых инноваций, которое применяется в отношении участников экспериментального правового режима в течение определенного периода времени (ст. 2 ФЗ о ЭПР). В рамках данного исследования понятия «регуляторные песочницы» и «экспериментальные правовые режимы» будут рассматриваться как тождественные постольку, поскольку экспериментальные правовые режимы, как и «песочницы», устанавливаются в отношении участников экспериментального правового режима⁸.

Сравнение целей экспериментального правового режима с целями государственно-частного партнерства и концессионного соглашения позволяет сделать вывод об общности целей данных правовых институтов. Так, экспериментальный правовой режим направлен на развитие конкуренции, повышение качества и доступности товаров, работ и услуг и на привлечение инвестиций в развитие предпринимательской деятельности, что позволяет говорить о достижении в рамках экспериментального правового режима публичных интересов.

В научной среде отмечают противоречие введения экспериментальных правовых режимов принципам верховенства Конституции РФ, федеральных конституционных законов и федеральных законов, а также принципам народовластия и обеспечения прав и свобод человека и гражданина⁹. Зарубежные исследователи отмечают также несоответствие экспериментальных правовых режимов принципам верховенства права, законности, равенства граждан перед законом, прозрачности, подотчетности и правовой определенности¹⁰. Последний не раз использо-

³ См., например: *Flückiger A.* (Re)faire la Loi: Traité de légistique à l'ère du Droit souple. Berne: Stämpfli Editions, 2019. XIV. P. 661; *Дертярев М. В.* К вопросу об истории и перспективах экспериментальных правовых режимов. Право и государство: теория и практика. 2020. № 12 (192). С. 169–172.

⁴ *Lim B., Low C.* Regulatory Sandboxes. In J. Madir (Ed.). *FinTech: Law and regulation*. Cheltenham: Edward Elgar. 2019. P. 302–325.

⁵ Financial Conduct Authority. *Regulatory sandbox* [Электронный ресурс]. 2015. URL: <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf> (дата обращения: 14.10.2022).

⁶ UK FinTech: On the Cutting Edge. An evaluation of the international FinTech sector [Электронный ресурс]. HM Treasury. P. 8–9. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502995/UK_FinTech_-_On_the_cutting_edge_-_Full_Report.pdf (дата обращения: 14.10.2022).

⁷ *Tsindeliani I. A. [et al.]* Digital Transformation of the Banking System in the Context of Sustainable Development. *Journal of Money Laundering Control*. 2022. Vol. 25. No. 1. P. 165–180.

⁸ См., напр.: *Наумов В. Б., Бутримович Я. В., Котов А. А.* Обеспечение качества правового регулирования экспериментальных правовых режимов. Российское право: образование, практика, наука, 2020. № 3. С. 40–49; *Conseil d'État*, 2019. *Les Expérimentations: Comment Innover dans la Conduite des Politiques Publiques? La documentation française*. P. 33.

⁹ *Харитонов Ю. С., Сунь Ци.* Цифровизация общественных отношений и верховенство закона: опыт переосмысления в России и Китае. *Гражданское право*, 2022. № 2. С. 3–8.

¹⁰ *Ranchordas S.* Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law Without Order? *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*. No. 10/2021. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3934075> (дата обращения: 23.12.2022).

вался Конституционным Судом Российской Федерации как отправной при принятии решения о конституционности тех или иных положений законодательства¹¹.

Соотношение экспериментальных правовых режимов с партнерством предпринимателей и органов публичной власти

Партнерство представляет собой форму распределения бремени и позволяет взглянуть на проблему с разных точек зрения. Разные субъекты партнерства используют различный образ мышления, отношения и знания, что может привести к более комплексному изучению поставленной проблемы и поиску оптимального решения. Так, например, институт государственно-частного партнерства позволяет использовать знания и опыт, накопленные предпринимателями, при реализации сложных инфраструктурных проектов.

В целях данного исследования под партнерством предпринимателей и органов публичной власти в широком смысле понимается способ взаимодействия между предпринимателями и органами публичной власти, основанный на равноправии и многообразии форм, направленный на улучшение экономического состояния государства, на долгосрочное сотрудничество с широким кругом предпринимателей, на удовлетворение общественных нужд и поиск компромисса при принятии общественно значимых решений.

Определение государственно-частного партнерства, данное в ст. 3 Федерального закона от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в РФ и внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» (далее — ФЗ о ГЧП), устанавливает основные элементы государственно-частного партнерства. В определении следует отметить следующее: партнерство является сотрудничеством, основанным на распределении рисков с целью привлечения в экономику частных инвестиций, повышения качества и доступности товаров, работ и услуг. Несмотря на применение норм гражданского законодательства к соглашениям о государственно-частном партнерстве (ст. 3 ФЗ о ГЧП) и концессионным соглашениям (ст. 3 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»; далее — ФЗ о концессионных соглашениях), стоит отметить смешанную природу данных соглашений с признаками административного договора, на что указывает публично значимая цель их заключения, а также необходимость соблюдения административных процедур¹².

Партнерство характеризуется не только участием публично-правового образования (публичного партнера) и публично значимой целью (привлечение инвестиций, повышение качества и доступности товаров, работ и услуг, достижение иного полезного эффекта), но и публично-правовым регулированием, то есть регулируются правовым порядком, базирующимся на общих запретах либо обяывании, исключающем проявление волеизъявления, основанного на диспозитивном регулировании. Как следует из ст. 18.4 Федерального закона от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в РФ», в отношении инвестора (предпринимателей) специального инвестиционного контракта (далее — СПИК) в течение срока его действия не применяются законодательные акты или иные нормативные правовые акты РФ, которые вводят ограничения и/или запреты на реализацию прав инвестора¹³. Со стороны органов публичной власти, по СПИК, присутствуют обязательства только административного характера (осуществлять меры стимулирования деятельности в сфере промышленности). Публичные органы не вкладывают бюджетные средства, не передают имущество в качестве инвестиций, но создают благоприятные условия для предпринимательства.

Экспериментальный правовой режим характеризуется публично-правовым регулированием и представляет собой специальное регулирование по направлениям разработки, апробации и внедрения цифровых инноваций (ст. 2 ФЗ о ЭПР). Процедура установления экспериментального правового режима, предусмотренная ст. 10 ФЗ о ЭПР, исключает заключение контракта, но предусматривает издание акта Правительства РФ или Банка России об установлении экспериментального правового режима.

Срок реализации экспериментального правового режима не может превышать три года, но может быть продлен (ст. 18 ФЗ о ЭПР). При этом ФЗ о ЭПР устанавливает, что участником экспериментального правового режима может быть не только государственный орган, но и юридическое лицо и индивидуальный предприниматель, а также лица, вступившие в правоотношения с такими субъектами (юридические лица и индивидуальные предприниматели), то есть предпринимательские организации. Более того, установление организации предпринимательского сообщества в качестве органа, осуществляющего оценку инициативного проекта на соответствие требованиям ФЗ о ЭПР, позволяет говорить о вовлечении широкого круга предпринимателей в осуществление экспериментального правового режима. Из этих положений следует, что экспериментальный правовой режим направлен на долгосрочное сотрудничество с широким кругом предпринимателей.

¹¹ По делу о проверке конституционности положения подп. 3 п. 2 ст. 106 Воздушного кодекса РФ в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Авиационная компания «Полет» и ОАО «Авиакомпания «Сибирь» и «Авиакомпания «ЮТэйр»»: пост. Конституционного Суда РФ от 20.12.2011 № 29-П. СЗ РФ, 2012. № 2. Ст. 397.

¹² Дидикин А. Б. О реализации проектов государственно-частного партнерства в сферах науки, образования и промышленности. Юрист, 2019. № 1. С. 39–45.

¹³ Попондопуло В. Ф. Специальный инвестиционный контракт как правовая форма инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования. Конкурентное право, 2017. № 3. С. 17–24.

Сравнение целей экспериментального правового режима, закрепленных в ст. 3 ФЗ о ЭПР, с целями государственно-частного партнерства, закрепленными в ст. 3 ФЗ о ГЧП, позволяет говорить о схожести данных институтов. Так, целями экспериментального правового режима являются в том числе формирование новых видов, форм и способов экономической деятельности, развитие конкуренции, расширение состава, повышение качества и доступности товаров, работ и услуг, привлечение инвестиций в развитие предпринимательской деятельности, создание благоприятных условий для разработки и внедрения цифровых инноваций. Государственно-частное партнерство, в свою очередь, направлено на привлечение инвестиций в экономику РФ и повышение качества товаров, работ и услуг. Концессионное законодательство в качестве цели устанавливает привлечение инвестиций в экономику и повышение качества товаров, работ и услуг, предоставляемых потребителям наряду с эффективным использованием публичного имущества (ст. 1 ФЗ о концессионных соглашениях). Цели государственно-частного партнерства, концессионного соглашения и экспериментального правового режима представляют собой пример публично значимых целей.

Определения публично значимых целей российское законодательство не содержит. Ст. 55 Конституции РФ говорит о целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства в рамках ограничений прав и свобод человека и гражданина. Б. В. Слейд, анализируя соотношение понятий публичной цели и публичного интереса, приходит к выводу, что публичный интерес, как более общая категория, включает в себя публичные цели¹⁴. Н. А. Милосердов определяет публичный интерес как закрепленный законодательно, обеспечиваемый и охраняемый правом, выступающий существенным проявлением и официальным выражением потребностей общества и публичных органов¹⁵. Конституционный Суд РФ приравнивает к общественным интересам потребности общества в обнаружении и раскрытии угрозы демократическому правовому государству и гражданскому обществу, общественной безопасности, окружающей среде¹⁶.

Направленность на привлечение инвестиций в экономику и на повышение качества товаров, работ и услуг составляют содержание публично значимой цели¹⁷. Конституционный Суд РФ, рассуждая о целях концессионных соглашений и государственно-частного партнерства, отметил, что такое регулирование позволяет своевременно решать связанные с задействованием значительных технических ресурсов публично значимые задачи¹⁸. Экспериментальный правовой режим, как и государственно-частное партнерство, имеет публично значимую цель по привлечению в экономику инвестиций, в том числе в развитие предпринимательской деятельности, повышение качества или доступности товаров, работ и услуг, а значит, направлен на улучшение экономического состояния государства и удовлетворение общественных нужд.

При осуществлении экспериментального правового режима возможно наличие рисков. В. Джонсон пишет, что между публичным партнером и частными партнерами при осуществлении регуляторных «песочниц» возникает распределение рисков, основанное на стремлении регулирующих органов и субъектов регулирования обмениваться опытом для активизации усилий по выявлению и мониторингу соответствующих рисков¹⁹. Программа экспериментального правового режима должна содержать проведенную предварительно в инициативном предложении оценку рисков, в том числе рисков причинения вреда жизни, здоровью, имуществу, обороне, безопасности государства, иным охраняемым федеральным законом ценностям (ст. 6 и 10 ФЗ о ЭПР). Распределение рисков, отмеченное в ст. 3 ФЗ о ГЧП, является неотъемлемой частью государственно-частного партнерства. Распределением таких рисков между частным и публичным партнером может достигаться возложение на частного партнера обязанности возместить нанесенный вред. Согласно п. 4 ст. 5 ФЗ о ЭПР вред, причиненный при реализации экспериментального правового режима, подлежит возмещению лицом, причинившим вред, а в качестве требования к субъекту экспериментального правового режима устанавливается необходимость страхования им гражданской ответственности за причинение вреда при реализации экспериментального правового режима.

Сочетание принципов экспериментального правового режима о недопустимости ограничения конституционных прав и свобод граждан, нарушения единства экономического пространства и целей, обозначенных в ст. 3 ФЗ о ЭПР, свидетельствует о направленности данного института на поиск компромисса при принятии таких общественно важных решений, как новое экспериментальное законодательное регулирование.

Общность целей экспериментального правового режима и государственно-частного партнерства, направленность на долгосрочное сотрудничество с предпринимателями, на улучшение экономики, на удовлетворение обще-

¹⁴ *Slade B. V.* Public Purpose or Public Interest and Third Party Transfers. PER/PERLJ (17) 1. 2014. P. 167–195.

¹⁵ *Милосердов Н. А.* Публичные интересы в праве: понятие и содержание. Актуальные проблемы российского права, 2021. № 10. С. 202–211.

¹⁶ Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб Безрукова Сергея Витальевича на нарушение его конституционных прав п. 1 ст. 152.2 ГК РФ : опред. Конституционного Суда РФ от 12.02.2019 № 274-О. Вестник Конституционного Суда РФ, 2019. № 3.

¹⁷ *Громова Е. А.* Некоторые проблемы Федерального закона «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в РФ и внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ». Право и экономика, 2016. № 8. С. 9–12.

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 31.05.2016 № 14-П. Вестник Конституционного Суда РФ, 2016. № 5.

¹⁹ *Johnson W. G.* Caught in Quicksand? Compliance and Legitimacy Challenges in Using Regulatory Sandboxes to Manage Emerging Technologies. Regulation & Governance, 2022. URL: <https://doi.org/10.1111/rego.12487> (дата обращения: 23.12.2022).

ственных нужд и поиск компромисса при принятии общественно значимых решений с учетом распределения рисков позволяет некоторым авторам прийти к выводу о схожести институтов экспериментального правового режима и государственно-частного партнерства. Согласно позиции Международного банка реконструкции и развития регуляторные «песочницы» позволяют заключать соглашения о партнерстве между предпринимателями и государственными органами для внедрения инноваций на основе общих технологий²⁰. Партнерство заключается в том, что предпринимательское сообщество позволяет органам власти узнавать о регулировании новых технологий, в то время как предприниматель извлекает выгоду из тестирования инновационной технологии. М. К. Эльзаррад, А. Я. Ли, Р. Перселл и С. Дж. Стил указывают на такие формы государственно-частного партнерства, как регуляторные «песочницы» для тестирования инноваций и удовлетворения публичных нужд и предоставления возможности для экспериментов с новыми технологиями²¹.

Н. Маккабиани делает вывод о сходстве институтов государственно-частного партнерства и регуляторных «песочниц» и отмечает, что регуляторные «песочницы» способствуют развитию партнерских отношений между предпринимателями и компетентными государственными органами²². Л. Бардаи и М. Рейг заключают, что регуляторные «песочницы» представляют собой новую форму государственно-частного партнерства²³, в рамках которой публичный партнер передает частному партнеру полномочия для поддержания баланса между чрезмерным регулированием, технологическими инновациями и предпринимательством в целях улучшения существующего регулирования технологических инноваций.

Таким образом, экспериментальный правовой режим представляет собой специальное регулирование, направленное на сотрудничество органов публичной власти с широким кругом предпринимателей, улучшение экономического состояния государства, удовлетворение общественных нужд и поиск компромисса при принятии общественно значимых решений.

Соотношение экспериментальных правовых режимов и делегирования государственных полномочий предпринимателям

Политико-правовое обоснование делегирования государственных полномочий может рассматриваться в лоне партнерства предпринимателей и органов публичной власти²⁴. Как указывает В. А. Майборода, государственно-частное партнерство представляет собой одну из форм делегирования государственного полномочия для достижения определенной цели, как правило, связанного с распределением экономических рисков²⁵. Делегирование публичных полномочий частным лицам представляет собой перераспределение определенных публичных задач и функций не между уровнями власти, а организациям частного права, принимающим на себя ответственность за их выполнение.

Т. Фрай доказывает, что делегирование может возникать как побочный продукт конкуренции между конкурирующими государственными структурами²⁶. Судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев также указывает на то, что одни из основных конституционных принципов, регулирующих делегирование публичных полномочий частным лицам, — принципы демократического и правового государства (ст. 1 Конституции РФ), связаны с конституционным принципом поддержки конкуренции (ст. 8 и 34 Конституции РФ)²⁷. Данные конституционные принципы реализованы в законодательстве об экспериментальных правовых режимах: представители органов публичной власти обязаны обеспечить равноправие претендентов и прозрачность экспериментального правового режима в целях развития конкуренции (ст. 3 и 4 ФЗ о ЭПР). Поддержка конкуренции является важной задачей государственных органов, реализация которой приводит к эффективному решению экономических и социальных проблем.

Западные исследователи отмечают, что делегирование полномочий особенно распространено в высокотехнических и наукоемких областях²⁸. Однако передача государством публичных полномочий частным лицам может

²⁰ International Bank for Reconstruction and Development. Global Experiences from Regulatory Sandboxes. Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice Fintech Note. 2021. No. 8. P. 34.

²¹ *Elzarad M. K., Lee A. Y., Purcell R., Steele S. J.* Advancing an Agile Regulatory Ecosystem to Respond to the Rapid Development of Innovative Technologies. *Clin Transl Sci*, 2022. P. 1–8. DOI: 10.1111/cts.13267.

²² *Maccabiani N.* An Empirical Approach to the Rule of Law: The Case of Regulatory Sandboxes. *Osservatorio sulle fonti*. No. 2/2020. P. 741–759.

²³ *Bardaji L., Reig M.* Regulatory Sandboxes: Innovative Public-Private Partnerships to Advance Technology. 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://dobetter.esade.edu/en/sandboxes> (дата обращения: 14.10.2022).

²⁴ *Романовская О. В.* Делегирование государственно-властных полномочий в системе публично-правового регулирования. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*, 2017. Вып. 36. С. 143–154.

²⁵ *Майборода В. А.* Легитимация публично-правовой природы федеральной территории. *Нотариус*, 2022. № 1. С. 15–19.

²⁶ *Frye T.* Brokers and Bureaucrats: Building Market Institutions in Russia. *Ann Arbor, MI: University of Michigan Press*. 2000. P. 158–172.

²⁷ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева. Постановление Конституционного Суда РФ от 31.05.2016 № 14-П. *Вестник Конституционного Суда РФ*, 2016. № 5.

²⁸ См., напр.: *Thomann E.* The Notions of Regulation and Self-Regulation in Political Science. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, 2017. № 3. P. 55–75; *Cafaggi F.* Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée. *Revue française d'administration publique*. Vol. 109. No. 1. 2004. P. 23–35.

возникать в целях использования узкоспециализированных знаний предпринимателей и в иных формах²⁹. Способы такого делегирования по участию частных организаций в нормотворческой деятельности могут проявляться в формах сорегулирования, саморегулирования и делегированного регулирования.

Конституционные основы делегирования государственных полномочий субъектам частного права заложены в ст. 3 Конституции РФ, согласно которой источником власти в России, как и носителем суверенитета, является ее многонациональный народ, то есть из принципа народного суверенитета. Из данного принципа вытекает не только идеологическая роль государственных органов как направленных на служение народу, но и право граждан участвовать в управлении делами государства, закрепленное в ч. 1 ст. 32 Конституции РФ. Ввиду того, что делегирование государственных полномочий — явление многогранное, его можно рассматривать под разными углами. Делегирование публичных полномочий может являться основой осуществления партнерства предпринимателей и органов публичной власти³⁰. О. В. Романовская в этой связи акцентирует внимание на таком принципе делегирования полномочий, как принцип «партнерства»³¹, то есть наличие сотрудничества между организацией, наделенной властными полномочиями, и частными лицами.

Так, например, в 2021 г. между правительством Ханты-Мансийского автономного округа — Югры и ПАО «Мобильные ТелеСистемы» было заключено соглашение о сотрудничестве в сфере цифровой экономики³², согласно которому стороны, основываясь на принципах конструктивного партнерства, формируют предложения по вопросам о необходимости установления в автономном округе экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций в соответствии с ФЗ о ЭПР. Проект соглашения о сотрудничестве между правительством Республики Тыва и ПАО «Мобильные ТелеСистемы», одобренный постановлением правительства Республики Тыва от 05.03.2022 № 87, содержит п. 2.1.6, согласно которому в связи с таким сотрудничеством предполагается установление на территории Республики Тыва экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций.

В соответствии с п. 35 постановления Правительства РФ от 09.12.2022 № 2276 «Об установлении экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций и утверждений Программы экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций по направлению медицинской деятельности с применением технологий сбора и обработки сведений о состоянии здоровья и диагнозов граждан в отношении реализации инициативы социально-экономического развития РФ «Персональные медицинские помощники»» экспериментальный правовой режим «Персональные медицинские помощники» может быть установлен на территориях субъектов РФ, заключивших соглашение с Минздравом России и ГК «Ростех». Представляется, что такие соглашения предполагают наличие сотрудничества между частной организацией и органами публичной власти.

Существенным для развития партнерства между предпринимателями и государством является признание в ст. 75.1 Конституции РФ ценностей социального партнерства, экономической, политической и социальной солидарности, которые создают конституционную основу для развития института делегирования государственных полномочий. Недавние поправки в Конституцию РФ в ст. 75.1 затрагивают институт делегирования государственных полномочий, так как, несмотря на декларативный характер, само признание ценностей экономического роста страны и взаимного доверия государства и общества обладает ценностным и ориентирующим свойством. Стоит согласиться с О. В. Романовской и Р. З. Хасяновым, которые утверждают, что институт делегирования государственных полномочий направлен на развитие экономического роста страны и взаимного доверия государства и общества путем привлечения экспертных организаций³³ и повышения качества и доступности государственных услуг³⁴, что соотносится с ценностями, заложенными в ст. 75.1 Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ подчеркивает, что отдельные публично значимые функции могут быть возложены законодателем на субъекты, не относящиеся к системе публичной власти, в том числе, могут быть возложены полномочия по рассмотрению обращений граждан³⁵. Данная обязанность является одной из гарантий реализации гражданами права на обращение (ст. 33 Конституции РФ), но и также права на получение информации (ст. 29 Конституции РФ). Согласно ст. 14 ФЗ о ЭПР субъект экспериментального правового режима рассматривает поступающие в его адрес жалобы лиц, права и законные интересы которых нарушены. Примечательно, что полномочиями по рассмо-

²⁹ *Grajzl P., Murrell P.* Allocating Lawmaking Powers: Self-regulation vs. Government Regulation. *Journal of Comparative Economics*, 2007. No. 35 (3). P. 520–545.

³⁰ *Белицкая А. В.* Государство как участник и регулятор инвестиционных отношений в рамках государственно-частного партнерства. *Бизнес, менеджмент и право*, 2017. № 1-2. С. 42–46.

³¹ *Романовская О. В.* Правовые основы делегирования государственно-властных полномочий субъектам частного права. *Вестник РФФИ. Гуманитарные и общественные науки*, 2019. № 3 С. 112–122.

³² Соглашение о сотрудничестве между правительством Ханты-Мансийского автономного округа — Югры и ПАО «Мобильные ТелеСистемы» в сфере цифровой экономики». Заключено в г. Ханты-Мансийске 16.06.2021. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³³ *Романовская О. В.* Конституционные основы делегирования государственно-властных полномочий негосударственным организациям : монография. М.: Проспект, 2019. С. 58.

³⁴ *Хасянов Р. З.* Социально-политическое предназначение института передачи государственных полномочий организациям: привлечение экспертных знаний и повышение качества государственных услуг. *Конституционное и муниципальное право*, 2020. № 11. С. 12–16.

³⁵ Абз. 2 п. 6 постановления Конституционного Суда РФ от 18.07.2012 № 19-П. *Собрание законодательства РФ*, 30.07.2012, № 31, ст. 4470.

трению жалоб на действия членов саморегулируемой организации также делегированы именно саморегулируемым организациям (подп. 9 ст. 6 Федерального закона от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»).

Конституционный Суд РФ придерживается позиции о конституционной допустимости передачи предпринимателям ряда правомочий, в том числе с целью получения частных инвестиций, на основе государственно-частного партнерства³⁶. Законодательством об экспериментальных правовых режимах предусматривается возможность предпринимателей участвовать в иницировании специального регулирования, программы экспериментального правового режима, утвержденной правовым актом Правительства РФ (ст. 8 ФЗ о ЭПР). При этом организация предпринимательского сообщества наряду с органами исполнительной власти рассматривает инициативу и подготавливает заключение о возможности или невозможности установления экспериментального правового режима. Следовательно, законодательное закрепление полномочий предпринимателей (как инициатора специального регулирования, так и стороны, участвующей в процедуре принятия решения) по участию в нормотворческом процессе по разработке и принятию актов Правительства РФ по кругу вопросов, связанному с установлением экспериментальных правовых режимов, допустимо.

Такие полномочия традиционно закрепляются за федеральными органами исполнительной власти (например, п. 30.32 Указа Президента РФ от 13.10.2004 № 1313 «Вопросы Министерства юстиции Российской Федерации»). Полномочия предпринимателей — субъектов экспериментальных правовых режимов по участию в нормотворческой деятельности, таким образом, также вытекают из ст. 3 Конституции РФ.

Другим полномочием субъекта экспериментального правового режима можно назвать ведение реестра лиц, вступивших с ним в правоотношения в соответствии с законодательством о персональных данных³⁷. Данное полномочие направлено на реализацию ст. 29 Конституции РФ, согласно которой каждый имеет право свободно искать и получать информацию любым законным способом. Право граждан на доступ к информации может быть реализовано путем размещения открытых данных на сайтах органов публичной власти³⁸ или ведения публичных реестров³⁹.

Исходя из вышеизложенного, можно заключить, что экспериментальному правовому режиму присущи элементы делегирования публичных полномочий частным лицам, так как предприниматели в рамках экспериментального правового режима рассматривают поступающие жалобы лиц, права и законные интересы которых нарушены, принимают участие в нормотворческом процессе по разработке и принятию актов Правительства РФ и ведут предусмотренный законодательством реестр лиц, вступивших с ними в правоотношения.

Конституционно-правовое регулирование экспериментальных правовых режимов

Зарубежные конституционалисты⁴⁰, а также суды⁴¹, в том числе конституционные, критически относились к конституционности и законности экспериментальных правовых режимов. Так, например, Конституционный Совет Франции исследовал положения закона о государственных учреждениях научного, культурного и профессионального характера⁴², в котором он, в частности, признал конституционным право законодательного органа предусматривать возможность экспериментального регулирования при условии, что его характер и масштабы уточнены, а условия и процедуры, в соответствии с которыми оно осуществляется, подвергнуты последующей оценке с целью их сохранения, изменения, обобщения или прекращения. В связи с изложенным для решения вопроса о конституционности экспериментальных правовых режимов в текст Конституции Франции в 2003 г. включены положения об экспериментальных режимах, согласно которым закон или подзаконные нормативно-правовые акты могут содержать положения экспериментального характера, ограниченные предметом и сроком действия (ст. 37-1 Конституции Франции), а также закрепляется право на создание экспериментальных режимов с учетом особенностей территорий в целях укрепления децентрализации и автономии местной власти (ст. 72 (4) Конституции Франции). Возможно, ориентируясь на данную конституционную практику Франции, российское законодательство об экспериментальных правовых режимах называет в качестве принципа осуществления такого режима определенность специального регулирования по времени, кругу лиц и в пространстве.

Конституция РФ содержит упоминания экспериментальных правовых режимов. Конституционно-правовые основы экспериментальных правовых режимов следует искать, прежде всего, в нормах Конституции РФ,

³⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 31.05.2016 № 14-П. Собрание законодательства РФ, 13.06.2016, № 24, ст. 3602.

³⁷ Приказ Минэкономразвития России от 02.11.2020 № 729. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ Постановление Правительства РФ от 10.07.2013 № 583. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁹ *Погодина И. В., Авдеев Д. А.* Состояние правового регулирования электронного участия граждан в публичном управлении в Российской Федерации. Административное право и процесс, 2021. № 12. С. 31–35.

⁴⁰ См., напр.: *Philipson S., Stamhuis E. F., Jong M.* Legal Enclaves as a Test Environment for Innovative Products: Towards Legally Resilient Experimentation Policies. *Regulation & Governance*, 2021. 15 (4). P. 1128–1143; *Ranchordas S.* Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order? University of Groningen Faculty of Law Research Paper. No. 10/2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3934075> (дата обращения: 23.12.2022).

⁴¹ Conseil constitutionnel. Décision. 06.11.1996. № 96-383.

⁴² Conseil constitutionnel. Décision. 28.07.1993. № 93-322.

посвященных регулированию принципов правового, демократического, федеративного государства, поддержки конкуренции, свободного использования своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, единства экономического пространства на территории РФ, недопустимости ограничения конституционных прав и свобод граждан, законности и верховенства Конституции и равенства всех перед законом.

При взаимодействии государства с предпринимателями отмечается важность таких фундаментальных правовых принципов, как принцип равенства, соразмерности, пропорциональности, справедливости, добросовестности, недопущения злоупотребления правом⁴³. Экспериментальные правовые режимы затрагивают конституционные принципы единого экономического пространства в тесной взаимосвязи с принципом свободного использования своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 8 и 34 Конституции РФ), поскольку могут устанавливать иной экономический режим на определенной специальным регулированием территории. Данные принципы образуют базу не только для экспериментальных правовых режимов, но и для взаимодействия предпринимателей и органов власти в целом. Реализация принципа единого экономического пространства позволяет поддерживать одинаковые экономические возможности для осуществления предпринимательской деятельности в России. Представляется, что на реализацию ст. 8 и 34 Конституции РФ направлен принцип недопустимости ограничения конституционных прав и свобод и нарушения единства экономического пространства на территории РФ, закрепленный в ст. 4 ФЗ о ЭПР.

Экспериментальные правовые режимы должны соответствовать принципу законности⁴⁴, что означает, что экспериментальные правовые режимы, как и делегирование полномочий в общем, должны основываться на законодательном дозволении, устанавливающем пределы таких полномочий. Некоторые авторы, рассматривая цифровые инновации, стоят на позиции о скором преобладании «персонализированного» права⁴⁵, то есть адаптации права к индивидуальным адресатам, и «цифрового» конституционализма⁴⁶ (нормы, устанавливаемые цифровыми платформами) над традиционным принципом законности. Харитонов Ю. С. и Сунь Ци полагают, что экспериментальные правовые режимы порождают трансформацию традиционного принципа верховенства закона, вынужденного делить главенство с иными актами⁴⁷.

В соответствии со ст. 4 Конституции РФ Конституция и федеральные законы имеют верховенство на всей территории РФ. Ст. 15 Конституции РФ устанавливает высшую юридическую силу Конституции РФ и ее прямое действие. ФЗ о ЭПР позволяет уполномоченному органу временно отступать от одного или нескольких конкретных законодательных положений, чтобы проверить эффективность альтернативного регулирования цифровых инноваций. Согласно п. 3 ст. 5 ФЗ о ЭПР положения программы экспериментального правового режима могут изменять действие положений закона, если это прямо предусмотрено законом. Следовательно, принцип законности в данном случае соблюдается.

К экспериментальным правовым режимам применим принцип федеративного государства (ст. 1 Конституции РФ). Как следует из п. 2 ст. 5 ФЗ о ЭПР определена возможность предусмотреть законодательством субъекта РФ порядок установления экспериментального правового режима в рамках полномочий субъектов РФ в соответствии со ст. 72, 73 Конституции РФ и ст. 43, 44 Федерального закона от 21.12.2021 № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах РФ» (далее — ФЗ об общих принципах организации публичной власти). При этом информация, информационные технологии и связь (п. «и» ст. 71 Конституции РФ), обеспечение безопасности личности, общества и государства при применении информационных технологий, обороте цифровых данных (п. «м» ст. 71 Конституции РФ), которые непосредственно направлены на регулирование цифровых инноваций, относятся к сфере исключительного ведения РФ.

В ФЗ об общих принципах организации публичной власти установлено полномочие органов государственной власти субъекта РФ по организации применения информационных технологий при осуществлении полномочий субъектов РФ по предметам совместного ведения, за исключением вопросов организации применения информационных технологий, отнесенных законодательством РФ к компетенции органов государственной власти РФ (п. 163 ст. 44 ФЗ об общих принципах организации публичной власти). Представляется, что федеральным законом об экс-

⁴³ Шохин А. Н. Бизнес и власть в России: регуляторная среда и правоприменительная практика: монография. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. С. 32.

⁴⁴ См., напр.: Kálmán J. Ex Ante “Regulation”? The Legal Nature of the Regulatory Sandboxes or How to “Regulate” Before Regulation Even Exists. In: Hulkó G., Vybiral R. eds. European Financial Law in Times of Crisis of the European Union. Budapest: Dialóg Campus. 2019. P. 215–225. DOI: <https://doi.org/10.36250/00749.20>; Дегтярев М. В. Экспериментальные правовые режимы: постановка научной проблемы. Право и государство: теория и практика, 2020. № 11 (191). С. 152–155.

⁴⁵ Hacker Ph. Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. European Review of Private Law, 2017. Vol. 25. Iss. 3. P. 651–678.

⁴⁶ Suzor N. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. Social Media and Society, 2018. Vol. 4 (3). P. 1–11.

⁴⁷ Харитонов Ю. С., Сунь Ци. Цифровизация общественных отношений и верховенство закона: опыт переосмысления в России и Китае. Гражданское право, 2022. № 2. С. 3–8.

периментальных правовых режимах субъектами РФ были переданы соответствующие полномочия, как того требует ст. 45 ФЗ об общих принципах организации публичной власти. Так, например, п. 4.2 ст. 18 Закона Московской области от 02.11.2005 № 230/2005-ОЗ «О Правительстве Московской области» установлено, что Правительство Московской области имеет полномочия по реализации экспериментальных правовых режимов, отнесенных ФЗ о ЭПР к полномочиям высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ.

Соблюдение такого принципа экспериментального правового режима, как недопустимость ограничения конституционных прав и свобод граждан и нарушения единства экономического пространства, а также принципа обеспечения безопасности личности, общества и государства, неизбежно ставит вопрос о соблюдении принципа пропорциональности при реализации таких режимов. Принцип пропорциональности является частью российской правовой системы. Это следует из норм ч. 4 ст. 15 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ о статусе общепризнанных принципов и ограничении прав и свобод человека.

Как указывает Г. А. Гаджиев, применение принципа пропорциональности является исключительной прерогативой Конституционного Суда РФ, что следует из ст. 55 и 125 Конституции РФ⁴⁸. Конституционный Суд РФ при рассмотрении дел, направленных на оценку частных и публичных интересов, руководствуется ценностью «гражданского мира и согласия». Так, в постановлении от 13.02.2018 № 8-П Конституционный Суд РФ отмечает необходимость защиты права собственности и интеллектуальных прав «в том числе в целях утверждения такой конституционно значимой ценности, как гражданский мир и согласие». После внесения изменений в ст. 80 Конституции РФ от 2020 г., которыми предусмотрены полномочия Президента РФ по поддержке гражданского мира и согласия в стране, данная ценность приобрела еще большую актуальность при взвешивании публичных и частных интересов.

Экспериментальный правовой режим — это институт сравнительно новый. Применение принципа пропорциональности в данных правоотношениях еще недостаточно исследовано конституционной судебной практикой. Однако можно предположить, что использование органом конституционного контроля принципа пропорциональности в данных отношениях будет играть решающую роль, так как при поиске баланса между частными и публичными интересами оценке будет подлежать соотношение ограничения конституционных прав и свобод граждан и целей экспериментального правового режима, упомянутых в ст. 3 ФЗ о ЭПР, что предполагает применение принципа пропорциональности и ценности гражданского мира и согласия.

Ввиду того что в рамках экспериментального правового режима могут устанавливаться преференциальные нормы в отношении определенного круга лиц, можно отметить риск нарушения принципа равенства перед законом и судом, закрепленного в ст. 19 Конституции РФ. Конституционный Суд РФ также отмечает, что из п. 1 ст. 19 Конституции РФ вытекает общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы как конституционное требование к законодателю⁴⁹. Н. А. Дмитрик в этой связи пишет, что критерий определенности правовой нормы не позволяет допускать наличия в нормах оговорок о применении или не применении той или иной статьи в экспериментальных правовых режимах до их инкорпорации в действующее законодательство⁵⁰. Однако экспериментальный правовой режим создается путем введения специального регулирования и предоставления исключений из общего регулирования. Этому корреспондирует принцип определенности экспериментального правового режима по времени, кругу лиц, ограничения специального регулирования в пространстве и принцип минимизации отступлений от общего регулирования (ст. 4 ФЗ о ЭПР).

Существование режима, благоприятствующего тем субъектам, на которых распространяется специальное регулирование, должно быть объективно обосновано. Объективное обоснование может заключаться в организации экспериментального правового режима как пространства для экспериментов в публично значимых целях. П. 3 ст. 55 Конституции говорит о конституционно значимых целях ограничения прав и свобод человека — защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Среди целей экспериментального правового режима, определенных в ФЗ о ЭПР, данные цели не упомянуты. Однако принципами такого правового режима определены в том числе недопустимость ограничения конституционных прав и свобод граждан и обеспечение безопасности личности, общества и государства (ст. 4 ФЗ о ЭПР), что соотносится с названными конституционно значимыми целями.

Такие ограничения должны быть соразмерными конституционно одобряемым целям и не должны создавать препятствий экономической самостоятельности предпринимателей⁵¹. В то же время, как отметил Конституционный Суд РФ, установление особой категории лиц (с правом на досрочную пенсию) само по себе не может расцениваться как нарушение принципа равенства всех перед законом⁵². Представляется, что отклонение от принципа равенства перед законом и критерия правовой определенности в каждом конкретном случае установления экспериментального правового режима требует исследования различия в объеме прав и обязанностей между субъектами общего регулирования и субъектами специального регулирования. В данном случае вряд ли применима концепция

⁴⁸ Гаджиев Г. А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации. Судья, 2019. № 7. С. 56–64.

⁴⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.1995 № 3-П. Собрание законодательства РФ, 01.05.1995, № 18, ст. 1708.

⁵⁰ Дмитрик Н. А. Экспериментальные правовые режимы: теоретико-правовой аспект. Закон, 2020. № 6. С. 64–72.

⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 29.09.2021 № 42-П. Собрание законодательства РФ, 11.10.2021, № 41, ст. 7064.

⁵² Определение Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 2914-О. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

«позитивной дискриминации», то есть метод, который заключается в установлении некоего неравенства для достижения общего равенства путем предоставления для одной социальной группы преференциального режима, выработанная в том числе на практике международными судами по правам человека⁵³. По мнению же Конституционного Суда РФ, отсутствие дискриминации возможно при равенстве субъектов, принадлежащих к одной категории (постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П).

Вывод

Таким образом, экспериментальный правовой режим является специальным регулированием, направленным на сотрудничество органов публичной власти с широким кругом предпринимателей, улучшение экономического состояния государства, удовлетворение общественных нужд и поиск компромисса при принятии общественно значимых решений.

Субъекты экспериментального правового режима в лице предпринимателей, передача полномочий организациям предпринимательского сообщества в качестве органа, осуществляющего оценку инициативного проекта, а также долгосрочная форма правовых отношений (три года с возможностью продления) позволяют говорить о долгосрочном сотрудничестве с вовлечением широкого круга предпринимателей в рамках экспериментального правового режима. Экспериментальный правовой режим направлен на удовлетворение общественных нужд, публично значимых целей по привлечению в экономику инвестиций, развитию предпринимательской деятельности, повышению качества или доступности товаров, работ и услуг, а значит, и на улучшение экономического состояния государства и удовлетворение общественных нужд. В рамках экспериментального правового режима субъектам передаются публичные полномочия по участию в нормотворчестве по разработке и принятию актов Правительства РФ, рассмотрению жалоб граждан, введению реестра лиц, вступивших в правоотношения с субъектами такого режима.

Конституционно-правовые основы экспериментальных правовых режимов можно найти в нормах Конституции РФ, посвященных регулированию принципов правового, демократического, федеративного государства (ст. 1), поддержки конкуренции (ст. 8), свободного использования своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34), единства экономического пространства на территории РФ (ст. 8), недопустимости ограничения конституционных прав и свобод граждан (ст. 55), законности и верховенства Конституции (ст. 4 и 15), равенства всех перед законом (ст. 19), осуществления власти непосредственно народом (ст. 3), разграничения полномочий (ст. 71–72) и права граждан свободно искать и получать информацию любым законным способом (ст. 29) в целях устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан, для взаимного доверия государства и общества, обеспечения сбалансированности прав и обязанностей гражданина, социального партнерства, экономической, политической и социальной солидарности (ст. 75.1).

Литература

1. *Белицкая А. В.* Государство как участник и регулятор инвестиционных отношений в рамках государственно-частного партнерства. Бизнес, менеджмент и право, 2017. № 1-2. С. 42–46.
2. *Гаджиев Г. А.* О принципе пропорциональности и конституционной кассации. Судья, 2019. № 7. С. 56–64.
3. *Громова Е. А.* Некоторые проблемы Федерального закона «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Право и экономика, 2016. № 8. С. 9–12.
4. *Дегтярев М. В.* К вопросу об истории и перспективах экспериментальных правовых режимов. Право и государство: теория и практика, 2020. № 12 (192). С. 169–172.
5. *Дегтярев М. В.* Экспериментальные правовые режимы: постановка научной проблемы. Право и государство: теория и практика, 2020. № 11 (191). С. 152–155.
6. *Дидикин А. Б.* О реализации проектов государственно-частного партнерства в сферах науки, образования и промышленности. Юрист, 2019. № 1. С. 39–45.
7. *Дмитрик Н. А.* Экспериментальные правовые режимы: теоретико-правовой аспект. Закон, 2020. № 6. С. 64–72.
8. *Майборода В. А.* Легитимация публично-правовой природы федеральной территории. Нотариус, 2022. № 1. С. 15–19.
9. *Милосердов Н. А.* Публичные интересы в праве: понятие и содержание. Актуальные проблемы российского права, 2021. № 10. С. 202–211.
10. *Наумов В. Б.* Право в эпоху цифровой трансформации: в поисках решений. Российское право: образование, практика, наука, 2018. № 6 (108). С. 4–11.
11. *Наумов В. Б., Бутримович Я. В., Котов А. А.* Обеспечение качества правового регулирования экспериментальных правовых режимов. Российское право: образование, практика, наука, 2020. № 3. С. 40–49.

⁵³ *Karagiannis S.* La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme. Europe des Droits & Libertés. 2022/1, № 5. P. 41–97.

12. *Погодина И. В., Авдеев Д. А.* Состояние правового регулирования электронного участия граждан в публичном управлении в Российской Федерации. Административное право и процесс, 2021. № 12. С. 31–35.
13. *Попондопуло В. Ф.* Специальный инвестиционный контракт как правовая форма инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования. Конкурентное право, 2017. № 3. С. 17–24.
14. *Романовская О. В.* Делегирование государственно-властных полномочий в системе публично-правового регулирования. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 36. С. 143–154.
15. *Романовская О. В.* Конституционные основы делегирования государственно-властных полномочий негосударственным организациям : монография. М.: Проспект, 2019. С. 58.
16. *Романовская О. В.* Правовые основы делегирования государственно-властных полномочий субъектам частного права. Вестник РФФИ. Гуманитарные и общественные науки. 2019. № 3 С. 112–122.
17. *Харитонов Ю. С., Сунь Ци.* Цифровизация общественных отношений и верховенство закона: опыт переосмысления в России и Китае. Гражданское право, 2022. № 2. С. 3–8.
18. *Хасянов Р. З.* Социально-политическое предназначение института передачи государственных полномочий организациям: привлечение экспертных знаний и повышение качества государственных услуг. Конституционное и муниципальное право, 2020. № 11. С. 12–16.
19. *Шохин А. Н.* Бизнес и власть в России: регуляторная среда и правоприменительная практика : монография. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. С. 32.
20. *Cafaggi F.* Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée. Revue française d'administration publique, 2004. Vol. 109. No. 1. P. 23–35.
21. Conseil d'État. 2019. Les expérimentations: comment innover dans la conduite des politiques publiques? La documentation française. 150 p.
22. *Elzarrad M. K., Lee A. Y., Purcell R., Steele S. J.* Advancing an Agile Regulatory Ecosystem to Respond to the Rapid Development of Innovative Technologies. Clin Transl Sci, 2022. P. 1–8. DOI: 10.1111/cts.13267.
23. Financial Conduct Authority. Regulatory sandbox [Электронный ресурс]. 2015. URL: <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf> (дата обращения: 14.10.2022).
24. *Flückiger A.* (Re)faire la Loi: Traité de légistique à l'ère du Droit souple. Berne: Stämpfli Editions, 2019. XIV. 761 p.
25. *Frye T.* Brokers and Bureaucrats: Building Market Institutions in Russia. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press. 2000. P. 158–172.
26. *Grajzl P., Murrell P.* Allocating Lawmaking Powers: Self-regulation vs. Government Regulation. Journal of Comparative Economics 35 (3). 2007. P. 520–545.
27. *Hacker Ph.* Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. European Review of Private Law, 2017. Vol. 25. Iss. 3. P. 651–678.
28. HM Treasury. UK FinTech: On the cutting edge. An evaluation of the international FinTech sector [Электронный ресурс]. P. 8–9. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502995/UK_FinTech_-_On_the_cutting_edge_-_Full_Report.pdf (дата обращения: 14.10.2022).
29. International Bank for Reconstruction and Development. Global Experiences from Regulatory Sandboxes. Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice Fintech Note. 2021. No. 8. P. 34.
30. *Johnson W. G.* Caught in Quicksand? Compliance and Legitimacy Challenges in Using Regulatory Sandboxes to Manage Emerging Technologies. Regulation & Governance, 2022. URL: <https://doi.org/10.1111/rego.12487> (дата обращения: 23.12.2022).
31. *Kálmán J.* Ex Ante “Regulation”? The Legal Nature of the Regulatory Sandboxes or How to “Regulate” Before Regulation Even Exists. In: Hulkó, G. and Vybiral, R. eds., European Financial Law in Times of Crisis of the European Union. Budapest: Dialóg Campus. 2019. P. 215–225. DOI: <https://doi.org/10.36250/00749.20>.
32. *Karagiannis S.* La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme. Europe des Droits & Libertés. 2022/1. № 5. P. 41–97.
33. *Lim B., Low C.* Regulatory Sandboxes. In J. Madir (Ed.). FinTech: Law and regulation. Cheltenham: Edward Elgar, 2019. P. 302–325.
34. *Bardají L., Reig M.* Regulatory Sandboxes: Innovative Public-Private Partnerships to Advance Technology. 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://dobetter.esade.edu/en/sandboxes> (дата обращения: 14.10.2022).
35. *Maccabiani N.* An Empirical Approach to the Rule of Law: The Case of Regulatory Sandboxes. Osservatorio sulle fonti, 2020. No. 2/2020. P. 741–759.
36. *Philipsen S., Stamhuis E. F., Jong M.* Legal Enclaves as a Test Environment for Innovative Products: Towards Legally Resilient Experimentation Policies. Regulation & Governance. 15 (4). 2021. P. 1128–1143.
37. *Ranchordas S.* Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law Without Order? University of Groningen Faculty of Law Research Paper. No. 10/2021. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3934075> (дата обращения: 23.12.2022).
38. *Slade B. V.* Public Purpose or Public Interest and Third Party Transfers. PER/PERLJ (17) 1. 2014. P. 167–195.
39. *Suzor N.* Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. Social Media and Society, 2018. Vol. 4 (3). P. 1–11.

40. Svetiev Y. *Experimentalist Competition Law and the Regulation of Markets*. London: Hart and Bloomsbury Publishing, 2020. 232 p.
41. Thomann E. The Notions of Regulation and Self-Regulation in Political Science. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, 2017. No. 3. P. 55–75.
42. Tsindeliani I. A. [et al.] Digital Transformation of the Banking System in the Context of Sustainable Development. *Journal of Money Laundering Control*, 2022. Vol. 25. No. 1. P. 165–180.

References

1. Belitskaya, A. V. The State as A Participant and a Regulator of Investment Relations Within the Limits Of Public-Private Partnership [Gosudarstvo kak uchastnik i regulyator investicionnyh otnoshenij v ramkah gosudarstvenno-chastnogo partnerstva]. *Business, Management and Law [Biznes, Menedzhment i Pravo]*. 2017. No. 1-2. P. 42–46.
2. Gadzhiev, G. A. On the Principle of Proportionality and Constitutional Cassation [O principe proporcional'nosti i konstitucionnoj kassacii]. *Judge [Sud'ya]*. 2019. No. 7. P. 56–64.
3. Gromova, E. A. Issues Relating to Federal Law on Public and Private Partnership, Municipal and private Partnership in the Russian Federation, and Making Amendments to Certain Legal Acts of the Russian Federation [Nekotorye problemy Federal'nogo zakona "O gosudarstvenno-chastnom partnerstve, municipal'no-chastnom partnerstve v Rossijskoj Federacii i vnesenii izmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii"]. *Law and Economics [Pravo i ekonomika]*. 2016. No. 8. P. 9–12.
4. Degtyarev, M. V. To the Question of the History and Prospects of Experimental Legal Regimes [K voprosu ob istorii i perspektivah eksperimental'nyh pravovyh rezhimov]. *Law and the State: Theory and Practice [Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika]*. 2020. No. 12 (192). P. 169–172.
5. Degtyarev, M. V. Experimental Legal Regimes: Staging a Scientific Problem [Eksperimental'nye pravovye rezhimy: postanovka nauchnoj problemy]. *Law and the State: Theory and Practice [Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika]*. 2020. No. 11 (191). P. 152–155.
6. Didikin, A. B. On the Implementation of Public Private Partnership Projects In Science, Education and Industry [O realizacii proektov gosudarstvenno-chastnogo partnerstva v sferah nauki, obrazovaniya i promyshlennosti]. *Lawyer [Yurist]*. 2019. No. 1. P. 39–45.
7. Dmitrik, N. A. Experimental Regimes: Legal Theory View [Eksperimental'nye pravovye rezhimy: teoretiko-pravovoj aspekt]. *Statute [Zakon]*. 2020. No. 6. P. 64–72.
8. Mayboroda, V. A. Legitimation of the Public Law Nature of a Federal Territory [Legitimaciya publichno-pravovoj prirody federal'noj territorii]. *Notary [Notarius]*. 2022. No. 1. P. 15–19.
9. Miloserdov, N. A. Public Interests in Law: Concept and Content [Publichnye interesy v prave: ponyatie i sodержanie]. *Actual Problems of Russian Law [Aktual'nye problemy rossijskogo prava]*. 2021. No. 10. P. 202–211.
10. Naumov, V. B. Law in the Epoch of Digital Transformation: In Search of Solutions [Pravo v epohu cifrovoj transformacii: v poiskah reshenij]. *Russian Law: Education, Practice, Science [Rossijskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka]*. 2018. No. 6 (108). P. 4–11.
11. Naumov, V. B., Butrimovich, Ya. V., Kotov, A. A. Ensuring the Quality of Regulation of Experimental Legal Regimes [Obespechenie kachestva pravovogo regulirovaniya eksperimental'nyh pravovyh rezhimov]. *Russian Law: Education, Practice, Science [Rossijskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka]*. 2020. No. 3. P. 40–49.
12. Pogodina, I. V., Avdeev, D. A. The State of the Legal Regulation of the Electronic Participation of Citizens in Public Administration in the Russian Federation [Sostoyanie pravovogo regulirovaniya elektronnoho uchastiya grazhdan v publichnom upravlenii v Rossijskoj Federacii]. *Administrative Law and Process [Administrativnoe pravo i process]*. 2021. No. 12. P. 31–35.
13. Popondopulo, V. F. Special Investment Contract as Legal Form of Investment Agreements at Participation of Public Law Entities [Special'nyj investicionnyj kontrakt kak pravovaya forma investicionnyh soglashenij s uchastiem publichno-pravovogo obrazovaniya]. *Competition Law [Konkurentnoe pravo]*. 2017. No. 3. P. 17–24.
14. Romanovskaya, O. V. Delegation of State Authority in the System of Public Legal Regulation [Delegirovanie gosudarstvenno-vlastnyh polnomochij v sisteme publichno-pravovogo regulirovaniya]. *Bulletin of Perm University. Legal sciences [Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki]*. 2017. Issue 36. P. 143–154.
15. Romanovskaya, O. V. Constitutional Bases of Delegation of State-Governmental Powers to Non-Governmental Organizations: Monograph [Konstitucionnye osnovy delegirovaniya gosudarstvenno-vlastnyh polnomochij negosudarstvennyh organizacijam: Monografiya]. M.: Prospect, 2019. P. 58.
16. Romanovskaya, O. V. Legal Bases of Delegation of State-Governmental Powers to Subjects of Private Law [Pravovye osnovy delegirovaniya gosudarstvenno-vlastnyh polnomochij sub'ektam chastnogo prava]. *Bulletin of the RFBR. Humanities and social sciences [Vestnik RFFI. Gumanitarnye i obshchestvennye nauki]*. 2019. No. 3. P. 112–122.
17. Kharitonova, Yu. S., Sun, Qi. Digitalization of Public Relations and the Rule of Law: The Experience of Rethinking in Russia and China [Cifrovizaciya obshchestvennyh otnoshenij i verhovenstvo zakona: opyt pereosmysleniya v Rossii i Kitae]. *Civil Law [Grazhdanskoe pravo]*. 2022. No. 2. P. 3–8.

18. Khasyanov, R. Z. Socio-Political Purpose of the Institute of Transfer of State Powers to Organizations: Attracting Expert Knowledge and Improving the Quality of Public Services [Social'no-politicheskoe prednaznachenie instituta peredachi gosudarstvennyh polnomochij organizaciyam: privilechenie ekspertnyh znaniy i povyshenie kachestva gosudarstvennyh uslug]. Constitutional and municipal law [Konstitucionnoe i municipal'noe pravo]. 2020. No. 11. P. 12–16.
19. Shokhin, A. N. Business and Power in Russia: Regulatory Environment and Law Enforcement Practice. Monograph [Biznes i vlast' v Rossii: reguljatornaya sreda i pravoprimeritel'naya praktika. Monografiya]. M.: Publishing House of the Higher School of Economics [Izd. dom Vysšej shkoly ekonomiki], 2017.
20. Cafaggi, F. Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée. *Revue française d'administration publique*, 2004. Vol. 109. No. 1. P. 23–35.
21. Conseil d'État. 2019. Les expérimentations: Comment innover dans la conduite des politiques publiques? La documentation française. 150 p.
22. Elzarrad, M. K., Lee, A. Y., Purcell, R., Steele, S. J. Advancing an Agile Regulatory Ecosystem to Respond to the Rapid Development of Innovative Technologies. *Clin Transl Sci*. 2022. P. 1–8. DOI: 10.1111/cts.13267.
23. Financial Conduct Authority. Regulatory Sandbox [Электронный ресурс]. 2015. URL <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf> (дата обращения: 14.10.2022).
24. Flückiger, A. (Re)faire la Loi: Traité de légistique à l'ère du Droit souple. Berne: Stämpfli Editions, 2019. XIV. 761 p.
25. Frye, T. Brokers and Bureaucrats: Building Market Institutions in Russia. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press. 2000. P. 158–172.
26. Grajzl, P., Murrell, P. Allocating Lawmaking Powers: Self-regulation vs. Government Regulation. *Journal of Comparative Economics*. 2007. No. 35 (3). P. 520–545.
27. Hacker, Ph. Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. *European Review of Private Law*. 2017. Vol. 25. Iss. 3. P. 651–678.
28. HM Treasury. UK FinTech: On the Cutting Edge. An Evaluation of the International FinTech Sector [Электронный ресурс]. P. 8–9. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502995/UK_FinTech_-_On_the_cutting_edge_-_Full_Report.pdf (дата обращения: 14.10.2022).
29. International Bank for Reconstruction and Development. Global Experiences from Regulatory Sandboxes. Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice Fintech Note. 2021. No. 8. P. 34.
30. Johnson, W. G. Caught in Quicksand? Compliance and Legitimacy Challenges in Using Regulatory Sandboxes to Manage Emerging Technologies. *Regulation & Governance*. 2022. URL: <https://doi.org/10.1111/rego.12487> (дата обращения: 23.12.2022).
31. Kálmán, J. Ex Ante "Regulation"? The Legal Nature of the Regulatory Sandboxes or How to "Regulate" Before Regulation Even Exists. In: Hukó, G. and Vybiral, R. eds., *European Financial Law in Times of Crisis of the European Union*. Budapest: Dialóg Campus. 2019. P. 215–225. DOI: <https://doi.org/10.36250/00749.20>.
32. Karagiannis, S. La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme. *Europe des Droits & Libertés*. 2022/1. № 5. P. 41–97.
33. Lim, B., Low, C. Regulatory sandboxes. In J. Madir (Ed.). *FinTech: Law and regulation*. Cheltenham: Edward Elgar. 2019. P. 302–325.
34. Bardaji, L., Reig, M. Regulatory Sandboxes: Innovative Public-Private Partnerships to Advance Technology. 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://dobetter.esade.edu/en/sandboxes> (дата обращения: 14.10.2022).
35. Maccabiani, N. An Empirical Approach to the Rule of Law: The Case of Regulatory Sandboxes. *Osservatorio sulle fonti*, 2020. № 2/2020. P. 741–759.
36. Philipsen, S., Stamhuis, E. F., Jong, M. Legal Enclaves as a Test Environment for Innovative Products: Towards Legally Resilient Experimentation Policies. *Regulation & Governance*, 2021. 15 (4). P. 1128–1143.
37. Ranchordas, S. Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order? University of Groningen Faculty of Law Research Paper. No. 10/2021. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3934075> (дата обращения: 23.12.2022).
38. Slade, B. V. Public Purpose or Public Interest and Third Party Transfers. *PER/PERLJ*. (17) 1. 2014. P. 167–195.
39. Suzor, N. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media and Society*. 2018. Vol. 4 (3). P. 1–11.
40. Svetiev, Y. *Experimentalist Competition Law and the Regulation of Markets*. London: Hart and Bloomsbury Publishing. 2020. 232 p.
41. Thomann, E. The notions of regulation and self-regulation in political science. *Journal of Self-Regulation and Regulation*. 2017. No. 3. P. 55–75.
42. Tsindeliani, I. A. [et al.] Digital Transformation of the Banking System in the Context of Sustainable Development. *Journal of Money Laundering Control*, 2022. Vol. 25. No. 1. P. 165–180.

Реализация принципа справедливости в деятельности нотариуса

Семяникова Дина Александровна, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)
доцент кафедры правоведения, кандидат юридических наук; e-mail: semyannikova-da@ranepa.ru.

Аннотация

В ходе исследования выявлено, что справедливость в деятельности нотариуса в узком понимании заключается в его беспристрастности, а в широком понимании — в предназначении самого института нотариата и особенности механизмов, используемых для реализации основных целей нотариата. Главной его особенностью является дуалистическая природа: с одной стороны, нотариус выступает от имени государства при совершении нотариальных действий, с другой — соблюдает в первую очередь частные законные интересы обратившихся граждан и юридических лиц, чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред. Нотариус выступает своеобразным проводником между законом и лицами, на которых этот закон распространяется.

Ключевые слова: нотариус, нотариат, справедливость, беспристрастность.

Implementation of the Principle of Justice in the Notaries Public

Dina A. Semyannikova, North-West Institute of management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Saint Petersburg, Russian Federation)
Associate Professor of the Faculty of Law, PhD in Jurisprudence; e-mail: semyannikova-da@ranepa.ru.

Abstract

In the course of the study, it was revealed that justice in the activities of a notary is, in a narrow sense, in his impartiality, and in a broad sense, in the purpose of the institution of the notary itself and the features of the mechanisms used to implement the main goals of the notary. The main feature is its dualistic nature, on the one hand, the notary acts on behalf of the state when performing notarial actions, on the other hand, he primarily respects the private legitimate interests of the citizens and legal entities who have applied, so that legal ignorance cannot be used to their detriment. The notary acts as a kind of "buffer" and a guide between the law and the persons to whom this law applies.

Keywords: notary, notary, justice, impartiality.

Исторически нотариат пришел к состоянию, когда целью деятельности является не техническое исполнение возложенных государством обязанностей, формальное закрепление бесспорных прав обратившихся лиц, а механизм обеспечения законности и правопорядка посредством соблюдения прав каждого гражданина, обратившегося за совершением нотариального действия, предупреждения вероятного нарушения прав, признания за каждым возможности получить правовую помощь (проверка дееспособности, право на совершение сделок с имуществом и т. д.). Важным моментом является соблюдение нотариусом прав третьих лиц, в случае если нотариальное действие затрагивает их интересы (ярким примером может служить выделение обязательной наследственной доли несовершеннолетним или нетрудоспособным детям наследодателя, его нетрудоспособным супругу и родителям, а также нетрудоспособным иждивенцам (ст. 1149 ГК РФ)).

На сегодняшний день в РФ нотариусы оказывают услуги физическим и юридическим лицам по осуществлению их прав и защите законных интересов, разъясняют им права и обязанности, предупреждают о последствиях совершаемых нотариальных действий с тем, чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред.

Исполнение обязанности, вытекающей из обеспеченного нотариусом правоотношения, предполагает придание дополнительной удостоверительной силы с точки зрения как правоотношения, так и наличия дополнительных нотариальных гарантий, установленных нормами материального права, например, вытекающих из обязательного страхования профессиональной ответственности нотариуса¹.

¹ Лакоба А. Д. К вопросу о конституционном праве на нотариальную защиту. Нотариус, 2018. № 3. С. 6–8.

Рассуждая о справедливости в деятельности нотариуса, важно раскрыть суть данного понятия, его прямое значение. Нельзя не согласиться с учеными, рассматривающими социально-философскую категорию справедливости не как сугубо юридическое понятие, а как социальный и этический критерий права, с позиции которого право и государство подвергаются внешней оценке². Но в то же время важно найти практическое проявление справедливости в нотариальной деятельности.

Из текста п. 2 ст. 6 ГК РФ следует, что законодатель приравнивает требования добросовестности, разумности и справедливости к общим началам и смыслу гражданского законодательства, что, по сути, означает ожидание государственного проявления этих качеств каждым субъектом любого гражданского правоотношения.

Справедливость в гражданском праве в области регулирования нотариальной деятельности следует понимать как этически обоснованное законодательством РФ о нотариате стремление участника гражданского оборота при осуществлении принадлежащих ему прав и исполнении лежащих на нем обязанностей учитывать интересы других лиц и общественные интересы, избегать злоупотребления правом, соблюдать равенство в положении участников гражданского оборота и при необходимости посылно принимать на себя более высокие, чем того требует закон, обязанности и обременения³. Учеными отмечается, что функциональными аспектами гражданско-правовой справедливости являются, в частности, обеспечение полноценной реализации гражданской правосубъектности, надлежащее исполнение обязательств, защита слабых участников гражданского оборота и др., что, несомненно, можно отметить в нотариальной деятельности.

Примечательно, что слово «справедливость» ни разу не упоминается в главном нормативно-правовом акте, регулирующем нотариальную деятельность, — в Основах законодательства РФ о нотариате⁴. Но при этом фактически справедливость действий нотариуса подразумевается ввиду важности полномочий, возложенных на него, а также ввиду значимости нотариальных действий, которые нотариус совершает от имени РФ.

Для объективности и полноты исследования понятия справедливости стоит обратиться к Толковому словарю русского языка С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой. Так, «справедливый» — означает «действующий беспристрастно, соответствующий истине», а «справедливость» — «справедливое отношение к кому-нибудь, беспристрастие»⁵. Итак, при раскрытии понятия справедливости прослеживается прямая связь между справедливостью и беспристрастием.

В соответствии со ст. 5 Основ законодательства РФ о нотариате, где перечисляются гарантии нотариальной деятельности, нотариус беспристрастен и независим в своей деятельности и руководствуется Конституцией РФ, конституциями (уставами) субъектов РФ, Основами законодательства РФ о нотариате, иными нормативными правовыми актами РФ и субъектов РФ, принятыми в пределах их компетенции, а также международными договорами.

Беспристрастность является одной из гарантий нотариальной деятельности *наравне с осуществлением деятельности на основании закона, с независимостью, сохранением нотариальной тайны*.

Беспристрастность нотариуса проявляется в том, что при обращении к нему граждан и юридических лиц для совершения нотариальных действий у него отсутствует предпочтение к одному из возможных вариантов защиты прав и законных интересов лиц, а также отсутствует предпочтение одной из заинтересованных сторон — все для него являются равными. Существенной характеристикой данного принципа является отсутствие у нотариуса заинтересованности и личной выгоды⁶.

Принцип справедливости в профессиональной деятельности закрепляется также в Кодексе профессиональной этики нотариусов (далее — Кодекс), которым устанавливаются нормы профессионального поведения, основанные на положениях законодательства РФ, международных стандартах латинского нотариата, обязательность соблюдения которых определяется статусом нотариуса.

С учетом ст. 6.1 Основ законодательства РФ о нотариате Кодексом, утвержденным Минюстом России 12.08.2019, устанавливаются нормы профессионального поведения, основанные на положениях законодательства РФ.

В соответствии с профессиональной этикой нотариус в своей деятельности придерживается принципов Международного союза нотариата, одним из которых является руководство справедливостью (п. 2.8)⁷. Гл. 5 Кодекса «Отношения нотариуса с лицами, обратившимися к нему за совершением нотариального действия» гласит, что при осуществлении профессиональной деятельности нотариус обязан: ставить законные интересы обратившегося лица выше своих личных интересов, сохранять в отношениях с обратившимися лицами *независимость и беспристрастность* (п. 5.1.2); избегать ситуаций, когда нотариус может необоснованно предпочесть интересы одних лиц по отношению к другим, а его решение окажется зависимым от отношения к этим лицам (п. 5.1.3).

² Цыбулевская О. И., Милушева Т. В. Справедливость в праве: аксиологический подход. Вестник Поволжского института управления. 2017. Т. 17. № 5.

³ Коновалов А. В. Понятие справедливости в гражданском праве. Lex Russica, 2019. № 8.

⁴ Основы законодательства РФ о нотариате от 11.02.1993 № 4462-1. Российская газета от 13.03.1993.

⁵ Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7500 фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова; РАН, Ин-т рус. яз., Российский фонд культуры. 2-е изд., испр. и доп. М.: Азъ, 1994.

⁶ Бегичев А. В. Нотариат : учебник для бакалавров. М.: Проспект, 2018. 288 с.

⁷ Кодекс профессиональной этики нотариусов в Российской Федерации : утв. Минюстом России 12.08.2019, 19.01.2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_189129/ (дата обращения: 09.01.2023).

Стоит отдельно отметить, что до принятия действующего Кодекса с 2001 г. действовал Профессиональный кодекс нотариусов РФ, принятый Собранием представителей нотариальных палат субъектов РФ, закрепляющий принцип справедливости более объемно, а именно: нотариус обязан: «способствовать утверждению в обществе веры в закон и справедливость».

В целом профессиональную этику нотариуса можно рассматривать как совокупность правил поведения, обеспечивающую нравственный характер взаимоотношений, сопряженных с профессиональной деятельностью.

Нотариус, как и любой другой юрист, реализуя правовое и нравственное требование справедливости, опирается на закон. Ввиду этого, говоря о справедливости, необходимо не только сказать о соблюдении нравственных принципов, норм правового и нравственного сознания, но и обратить внимание на цели деятельности нотариуса, а также инструменты и способы, используемые нотариусом в соответствии с законом.

Справедливость заключается в предназначении самого института нотариата и особенности механизмов, используемых для реализации основных целей нотариата и выполнения определенных функций.

Главная особенность нотариата — его дуалистическая природа. Как отмечает И. Н. Кашурин, нотариат функционирует на границе частной и публичной сфер, являясь по своей сути связующим звеном между гражданским обществом и государством⁸. С одной стороны, нотариус выступает от имени государства, от имени РФ при совершении нотариальных действий (ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате), с другой — соблюдает в первую очередь частные законные интересы обратившихся граждан и юридических лиц.

Согласно ст. 16 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус обязан оказывать физическим и юридическим лицам содействие в осуществлении их прав и защите законных интересов. Из смысла указанных норм вытекает, что нотариусы бесплатно консультируют по вопросам совершения нотариальных действий всех граждан, обратившихся к ним⁹. А именно разъясняют им права и обязанности, предупреждают о последствиях совершаемых нотариальных действий, с тем чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред.

Нотариус выступает от лица государства, при этом не выстраивает императивные отношения, а работает в плоскости гражданско-правовых, диспозитивных отношений. Большинство нотариальных действий направлено на предупреждение возможных разногласий и противоречий закону. Нотариус выступает своеобразным «буфером», сохраняя равновесие, гарантируя юридическую безопасность, участвуя в удостоверении сделок, права при выдаче свидетельств, совершении удостоверительных надписей, и является своеобразным проводником между законом и лицами, на которых этот закон распространяется.

Возьмем для примера такое нотариальное действие, как обеспечение доказательств нотариусом. Нотариус по просьбе заинтересованных лиц обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде или административном органе (в будущем!), если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным, что позволяет гражданину полностью реализовать свое право на защиту, на справедливость в гражданском обороте.

В порядке обеспечения доказательств нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, назначает экспертизу. Также основанием для обеспечения доказательств служит возможность отсутствия свидетеля в будущем (отъезд за границу, в другой регион и т. д.). При выполнении процессуальных действий по обеспечению доказательств нотариус руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства РФ (ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате). На практике зачастую стороны не доводят решение дел до суда, разрешая споры на стадии сбора доказательств нотариусом и осознавая юридическую значимость нотариальных действий в данной области, таким образом справедливость между сторонами достигается с затратой меньших ресурсов.

Важно отметить обоюдно высокую степень доверия государства и граждан к нотариальным действиям. Так, доказательства, заверенные нотариально, обладают статусом бесспорных в судебных разбирательствах и для судьи, как доказательство, подлежащее объективному непосредственному исследованию (ст. 67 ГПК). Также ученые-правоведы отмечают большую роль нотариата в качестве превентивного правосудия, и для лиц, обратившихся к нотариусу для совершения нотариального действия, которое беспристрастно закрепляет обстоятельства, результат таких нотариальных действий, выраженный в определенных документах, является гарантом полного соответствия законодательству (что является главным проявлением справедливости).

Большие споры вызывает вопрос о справедливости в области установления нотариальных тарифов, а точнее — актуальности, своевременности и обоснованности взимания нотариусом платы за услуги правового и технического характера. Однако профессиональное сообщество нотариусов смогло дать научное и экономическое обоснование необходимости установления тарифа за оказание услуг правового и технического характера, в результате чего в 2018 г. была введена легальная дефиниция «услуги правового и технического характера»¹⁰. Согласно ст. 22 Основ

⁸ Кашурин И. Н. Нотариат в правовой системе Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.

⁹ Об оказании нотариусами бесплатной юридической помощи : Письмо ФНП от 18.01.2012 № 51/06-12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_136936/ (дата обращения: 09.01.2023).

¹⁰ Паулов П. А., Фомкина В. Д. Организация нотариальной деятельности частнопрактикующих нотариусов: экономический и правовой аспекты. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2020. № 3-2 (42).

законодательства РФ о нотариате нотариусу, занимающемуся частной практикой, в связи с совершением нотариального действия оплачиваются услуги правового и технического характера, включающие в себя правовой анализ представленных документов, проектов документов, полученной информации, консультирование по вопросам применения норм законодательства, в связи с совершением нотариального действия, изготовление документов, копий и т. д., стоимость которых определяется с учетом предельных размеров, устанавливаемых нотариальными палатами субъектов РФ, в свою очередь ориентирующихся на предельные размеры, устанавливаемые Федеральной нотариальной палатой¹¹. Конституционный Суд РФ в своем определении от 09.04.2020 № 817-О отметил обоснованность возможности взимания платы за услуги правового и технического характера с условием пояснения лицу, обратившемуся за совершением нотариального действия, особенности нотариального действия, которые могут повлечь необходимость оказания нотариусом услуг правового и технического характера, объявления размера платы за данное действие, в том числе суммы нотариального тарифа и стоимости услуг правового и технического характера. При этом отдельные нотариальные действия не всегда требуют от нотариуса дополнительных усилий по правовому анализу представленных документов, консультированию по вопросам применения норм законодательства, изготовлению документов и т. д.¹²

Данный вопрос не стоит относить к препятствиям реализации принципа справедливости в деятельности нотариуса или несовершенству правового регулирования в данной сфере ввиду того, что проблему взимания дополнительной платы в некоторых случаях можно отнести, скорее, к неправильному применению права и непрофессиональному, недобросовестному отношению нотариуса к выполнению возложенных на него обязанностей, от чего не застрахована ни одна профессиональная деятельность.

Справедливость в нотариальной деятельности проявляется в гарантии беспристрастности нотариуса, одновременно с этим в беспристрастности заключается сама идея, механизм и суть совершения нотариальных действий — удостоверение бесспорных фактов.

Важным фактом является то, что беспристрастность нотариуса на практике гарантируется не просто провозглашением данной гарантии, но и обеспечивается таким механизмом, как страхование гражданской ответственности нотариуса¹³, что выделяет данную сферу юридической деятельности среди прочих. Как правило, имущественный риск возникает в случае нарушения законодательства РФ о нотариальной деятельности, что может проявляться в некомпетентном применении нотариусом нормативной правовой базы или путем раскрытия информации о нотариальных действиях, которые были совершены нотариусом¹⁴. Данная особенность возводит реализацию принципа справедливости в деятельности нотариуса на более защищенный уровень в связи с наличием особого механизма, гарантирующего возмещение вреда пострадавшей от нотариальных действий стороне в случае совершения ошибок, связанных с человеческим фактором.

Литература

1. *Бегичев А. В.* Нотариат : учебник для бакалавров. М.: Проспект, 2018. 288 с.
2. *Диева М. Г., Косов Р. В., Сальникова А. Д.* Правовые проблемы страхования профессиональной ответственности нотариуса. Международный научно-исследовательский журнал, 2022. № 1 (115).
3. *Кашурин И. Н.* Нотариат в правовой системе Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.
4. *Коновалов А. В.* Понятие справедливости в гражданском праве. Lex Russica, 2019. № 8. С. 27–36.
5. *Лакоба А. Д.* К вопросу о конституционном праве на нотариальную защиту. Нотариус, 2018. № 3. С. 6–8.
6. *Паулов П. А., Фомкина В. Д.* Организация нотариальной деятельности частнопрактикующих нотариусов: экономический и правовой аспекты. Международный журнал гуманитарных и естественных наук, 2020. № 3-2 (42). С. 52–54.
7. *Цыбулевская О. И., Милушева Т. В.* Справедливость в праве: аксиологический подход. Вестник Поволжского института управления, 2017. Т. 17. № 5. С. 52–59.

References

1. Begichev, A. V. Notary : Textbook for Bachelors [Notariat : uchebnik dlya bakalavrov]. Moscow: Prospect, 2018. 288 p.

¹¹ Порядок определения предельного размера платы за оказание нотариусами услуг правового и технического характера : утв. решением Правления ФНП от 24.10.2016, протокол № 10/16. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_287926/ (дата обращения: 09.01.2023).

¹² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Конаковой Веры Анатольевны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 22, 25 и 30 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате : определение Конституционного Суда РФ от 09.04.2020 № 817-О. Официальный сайт Конституционного Суда РФ.

¹³ Объектом по договору страхования гражданской ответственности являются имущественные интересы, связанные с риском ответственности нотариуса, занимающегося частной практикой, по обязательствам, возникающим вследствие причинения имущественного вреда гражданину или юридическому лицу, обратившемуся за совершением нотариального действия, и/или третьим лицам при осуществлении нотариальной деятельности.

¹⁴ *Диева М. Г., Косов Р. В., Сальникова А. Д.* Правовые проблемы страхования профессиональной ответственности нотариуса. Международный научно-исследовательский журнал, 2022. № 1 (115).

2. Dieva, M. G., Kosov, R. V., Salnikova, A. D. Legal Problems of Notary Professional Liability Insurance [Pravovye problemy strakhovaniya professional'noi otvetstvennosti notariusa]. International Research Journal [Mezhdunarodnyi nauchno-issledovatel'skii zhurnal]. 2022. No. 1 (115).
3. Kashurin, I. N. Notary in the Legal System of the Russian Federation. Diss. ... cand. jurid. Sciences [Notariat v pravovoi sisteme Rossiiskoi Federatsii. Diss. ... kand. yurid. nauk]. M., 2005.
4. Konovalov, A. V. The Concept of Justice in Civil Law [Ponyatie spravedlivosti v grazhdanskom prave]. Lex Russica, 2019. No. 8. P. 27–36.
5. Lakoba, A. D. On the Constitutional Right to Notarial Protection [K voprosu o konstitutsionnom prave na notarial'nuyu zashchitu]. Notary [Notarius], 2018. No. 3. P. 6–8.
6. Paulov, P. A., Fomkina, V. D. Organization of Notarial Activity of Private Practicing Notaries: Economic and Legal Aspects [Organizatsiya notarial'noi deyatel'nosti chastnopraktikuyushchikh notariusov: ekonomicheskii i pravovoi aspekty]. International Journal of Humanities and Natural Sciences [Mezhdunarodnyi zhurnal gumanitarnykh i estestvennykh nauk], 2020. No. 3-2 (42). P. 52–54.
7. Tsybulevskaya, O. I., Milusheva, T. V. Justice in Law: Axiological Approach [Spravedlivost' v prave: aksiologicheskii podkhod]. Bulletin of the Volga Institute of Management [Vestnik Povolzhskogo instituta upravleniya]. 2017. Vol. 17. No. 5. P. 52–59.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2023. № 1 (15)

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор
И. К. ШМАРКО

Корректор
И. Е. ВИЛЬМАН

Верстка
А. Л. СЕРГЕЕНОК

УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

ИЗДАТЕЛЬ

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Свидетельство Роскомнадзора о регистрации СМИ
ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019

Журнал распространяется бесплатно.

Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.

При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

199004, Санкт-Петербург, В. О., 8-я линия, д. 61
Тел.: (812) 335-94-72, 335-42-10. E-mail: shmarko-ik@ranepa.ru

Выход в свет 30.03.2023

Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов

Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>

Объем данных 2,1 Мб

Тираж (количество носителей) 60 шт.

Макет подготовлен издательско-полиграфическим центром Северо-Западного института управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации
199004, Санкт-Петербург, 8-я линия В. О., д. 61
Тел. (812) 335-94-97