



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ  
**ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**  
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку  
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Касаткин С. Н.

**Смысл юридической практики и установки  
теории права: комментарий к радикальной  
«герменевтике» Р. Дворкина**

Артамонов Д. С., Тихонова С. В.

**«Безжалостная милостивая лета»  
Б. Мелкевика: коллективная ответственность  
и культура отмены в мемориальных войнах**

Разуваев Н. В., Трегубов М. В.

**Преторская формула как инструмент  
понятийного юридического мышления  
в римском частном праве предклассического  
и классического периодов**

Тютчева Е. С.

**Правосубъектность «электронного лица»:  
теоретический анализ**

2022 № **2(12)**

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-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, 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, Мадрид

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

**Бьярн МЕЛКЕВИК**, профессор, Университет Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2022

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2022

© Все права защищены.

# Содержание

- 4 *Вступительное слово главного редактора*  
Роль юридической деятельности в конструировании правовой реальности

## СТАТЬИ

- 8 **Касаткин С. Н.**  
Смысл юридической практики и установки теории права:  
комментарий к радикальной «герменевтике» Р. Дворкина
- 15 **Артамонов Д. С., Тихонова С. В.**  
«Безжалостная милостивая Лета» Б. Мелкевика: коллективная ответственность  
и культура отмены в мемориальных войнах
- 22 **Разуваев Н. В., Трегубов М. В.**  
Преторская формула как инструмент понятийного юридического мышления  
в римском частном праве предклассического и классического периодов
- 39 **Ахметьянов Д. В.**  
Соглашения о неконкуренции: проблемы теории и практики
- 50 **Тютчева Е. С.**  
Правосубъектность «электронного лица»: теоретический анализ
- 59 **Майборода В. А.**  
Нормативное формирование экономических преимуществ организации труда  
на федеральной территории
- 65 **Лепешкина О. И.**  
Киберпреступность как угроза национальной безопасности
- 70 **Волос Е. П.**  
Защита слабой стороны банковского договора в условиях  
использования сторонами смарт-контракта

## ЭССЕ

- 75 **Беляев М. А.**  
Памяти Джозефа Раза (1939–2022)
- 78 **Маркин С. В.**  
К вопросу об императивности или диспозитивности нормы пункта 1 статьи 782 ГК РФ,  
устанавливающей право заказчика на немотивированный отказ от договора  
возмездного оказания услуг

## Вступительное слово главного редактора

**Роль юридической деятельности  
в конструировании правовой реальности**

Сегодня одной из наиболее важных задач, стоящих перед системой высшего юридического образования, является профессиональная подготовка юристов нового поколения, обладающих навыками, необходимыми для успешного решения разнообразных задач, возникающих в условиях развития, в том числе и в нашей стране, высокотехнологичного информационного общества. Как известно, информатизация и, прежде всего, цифровая трансформация социальной жизни имеют комплексный и всесторонний характер, глубоко изменивший основные направления человеческой деятельности, включая деятельность юридическую.

Очевидно, что радикальные социальные и правовые трансформации, в течение трех последних десятилетий происходящие на глазах представителей ныне живущего поколения, не только усложняют профессиональные требования, предъявляемые к квалификации юристов (будь то ученые-правоведы или юристы-практики), но и создают активный запрос на формирование новых образовательных стратегий, в которых ведущую роль должно играть активное освоение того багажа, которым располагает правовая наука. Отмеченное обстоятельство применимо не только к системе высшего юридического образования, но и имеет общее дидактическое значение, что подтверждается суждениями специалистов в сфере педагогики. Так, согласно мнению В. А. Павловой: «Меняется мир, изменяются люди, что, в свою очередь, выдвигает новые требования к квалификации педагога. Но будет странно требовать от специалиста то, чему его никогда и никто не учил. Следовательно, введение нового профессионального стандарта для педагога повлечет за собой изменение стандартов его подготовки и переподготовки, как в высшей школе, так и в учреждениях дополнительного профессионального образования»<sup>1</sup>.

Представляется, что роль знания, в том числе научного, во все эпохи являющегося одним из важнейших ресурсов, обеспечивающих социокультурное развитие, многократно возрастает в информационную эпоху. Дело в том, что *the coming of Information Age* (по аналогии с известным выражением, принадлежащим Д. Беллу<sup>2</sup>) привело к стремительному ускорению происходящих процессов. Вот почему и само информационное общество, при всем заложенном в нем динамическом потенциале, а точнее, вследствие своей изменчивости и динамизма, характеризуется высокой степенью нестабильности складывающихся отношений, что, на наш взгляд, напрямую обусловлено характером информационного обмена, осуществляемого между субъектами культурной коммуникации.

Вообще универсальность категории информации и возможность ее определения с позиций различных наук, с одной стороны, позволяют видеть в многообразии информационных процессов основу эволюции природных и социальных систем, с другой — само это многообразие структурно дифференцируется и иерархически упорядочивается по степени сложности передаваемых сообщений<sup>3</sup>. В итоге перед нами предстает бесконечный ряд последовательных в эволюционном плане явлений — от элементарной передачи электрического импульса по нервным волокнам, с помощью которой живые организмы обмениваются информацией с внешней средой с целью адаптации к ней<sup>4</sup>, до сложнейших видов культурных взаимодействий, включающих в себя множество участников, одновременно передающих друг другу огромное количество сообщений.

Среди функций информации одно из важнейших мест занимает конструирование действительности, исходно осуществляемое при помощи визуальных, слуховых, тактильных, а также иных чувственных данных, играющих роль материала, при помощи которого любым живым существом

<sup>1</sup> Павлова В. А. Роль профессионального стандарта педагога в формировании профессиональных качеств личности. Академия профессионального образования, 2015. № 6. С. 74.

<sup>2</sup> Bell D. *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*. New York: Basic Books, 1973.

<sup>3</sup> См.: Моль А. Социодинамика культуры. М.: Изд-во ЛКИ, 2008. С. 133.

<sup>4</sup> См.: Гельмгольц Г. Скорость распространения нервного возбуждения. М.: ГИЗ, 1923. С. 46–47.

создается картина, определяющая конкретные модели поведения, а также способы упорядочения и освоения объектов внешнего мира. Естественно, картина мира, о которой идет речь, не должна представляться упрощенно, по аналогии с «мировоззрением», неотъемлемо принадлежащим человеку как мыслящему существу.

Уже в начале минувшего столетия некоторые биологи, прежде всего Я. Иксюль, обратили внимание на то обстоятельство, что свой образ реальности имеется у любого организма, причем такой образ в той или иной мере обусловлен видовым своеобразием соответствующего биологического существа<sup>5</sup>. По мере развития эволюционной и поведенческой биологии, в немалой степени стимулированной исследованиями Иксюля и его немногочисленных последователей, стало ясно, что всякий организм, во-первых, представляет собой целостность, жизнедеятельность которой обеспечивается информационным обменом на уровне нервных клеток, играющим для поддержания указанной целостности роль, никак не меньшую, чем обмен веществ. Во-вторых, организм, будучи аутопоэзной системой, независим от внешней среды, то есть информация, которой он располагает, порождается исключительно внутренними корреляциями элементов самой системы. Наконец, в-третьих, реакция организма на стимулы, исходящие извне, есть также результат действия аутопоэзной структуры, своеобразным продолжением которой служит образ внешнего мира, оптимально соответствующий биологическим и психофизиологическим особенностям устройства данного организма. Таким образом, у животных, начиная с наиболее примитивных, любые поведенческие реакции на внешние стимулы становятся неким ответом, способствующим накоплению внутренней информации организма и тем самым усложнению его нейронной структуры, позволяющих совершенствовать поведенческие реакции, конституирующие внешнюю среду<sup>6</sup>.

Иными словами, уже в живой природе поведенческие реакции служат средствами не только своеобразного познания, но и конструирования внешнего мира, осуществляемого параллельно самоконституированию живого организма как такового<sup>7</sup>. В человеческом мире эти биологические предпосылки познания не только получают свое развитие, но и качественно трансформируются под влиянием бытийных свойств человеческого существа. Будучи «символическим животным», человек вместе с тем располагает принципиально иными реакциями на стимулы внешнего мира и, как следствие, особыми знаково-символическими инструментами конструирования реальности. Как писал Э. Кассирер: «По сравнению с другими животными человек живет не просто в более широкой реальности — он живет как бы в новом измерении реальности. Существует несомненное различие между органическими реакциями и человеческими ответами. В первом случае на внешний стимул дается прямой и непосредственный ответ; во втором — ответ задерживается, прерывается и запаздывает из-за медленного и сложного процесса мышления»<sup>8</sup>.

Своеобразной компенсацией поведенческих особенностей, присущих человеку как живому существу особого рода, выступает специфически человеческий опыт знакового кодирования информации, создающего условия для той «естественной искусственности» человека, которая являлась предметом ряда исследований<sup>9</sup>. Если организм как аутопоэзная система самоконституируется посредством нервных клеток, по которым передаются импульсы, сообщающие животному информацию, в том числе об окружающем мире, то человек конструирует не только план своей физической телесности, но и собственный интеллектуально-духовный план. Для того чтобы убедиться

<sup>5</sup> См.: *Stjernfelt F. Simple Animals and Complex Biology: Von Uexküll's Two-fold Influence on Cassirer's Philosophy. Synthese*, 2011. Vol. 179. № 1. P. 169–186.

<sup>6</sup> В этой биологической теории несложно заметить явные отголоски современного ламаркизма, а именно так называемого психоламаркизма (см.: *Гуреев А. С., Кухарский М. С., Новиков Ю. М. Жан-Батист де Ламарк. Первая теория эволюции в свете новых достижений общей биологии. Вестник ТГУ. Биология. 2009. № 4 (8). С. 117*), сторонники которого полагали, что изменчивость организмов обусловлена внутренне присущей им психической (нервной) энергией. Вообще, оставляя в стороне обсуждение давно утратившей актуальность дискуссии последователей Ламарка и Дарвина, противоречие между учениями которых было снято в рамках синтетической теории эволюции, отметим, что ряд положений неоламаркизма, равно как и классического ламаркизма (такие, в частности, как наследование приобретенных признаков), проявивших свою несостоятельность в биологии, вполне применимы к теории социальной эволюции. Не случайно основоположник последней Г. Спенсер, разработавший общее учение об эволюции еще до выхода в свет «Происхождения видов» Ч. Дарвина, находился под определяющим влиянием идей Ж.-Б. Ламарка.

<sup>7</sup> См.: *Матурана У. Р., Варела Ф. Х. Дерево познания: биологические корни человеческого понимания. М.: Прогресс-Традиция, 2001. С. 139 и след.*

<sup>8</sup> *Кассирер Э. Опыт о человеке. Введение в философию человеческой культуры // Кассирер Э. Избранное. Опыт о человеке. М.: Гардарика, 1998. С. 471.*

<sup>9</sup> См.: *Плеснер Х. Ступени органического и человек: введение в философскую антропологию. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. С. 267.*



в справедливости сказанного, необходимо иметь в виду, что эта самоконститутивность человеческого существа проявляется уже на самом первичном уровне, на уровне «чистого я», о котором ведется так много, по большей части бесплодных, философских дискуссий.

Между тем, отвечая на вопрос, что представляет собой это чистое *Ego*, необходимо прибегнуть к так называемой феноменологической редукции<sup>10</sup>, позволяющей «вынести за скобки» все принадлежащие внешнему миру фактические (биофизиологические, психологические, социальные и прочие) данные, из которых формируется человеческая личность во всей ее полноте и конкретности. Как следствие, обнаруживается, что «чистое я» не является совокупностью физиологических процессов, эмоций, мыслей, не является оно и результатом воспитания или привычных навыков индивида. Эйдетически «чистое я» представляет собой просто то местоположение в пространстве, которое маркирует каждого человека как *самость*, в противоположность всему тому, что онтологически предстает ему в качестве объектов, составляющих содержание индивидуальной реальности (в том числе чувствам, мыслям, восприятиям феноменов внешнего мира и т. п.). Проще говоря, «чистое я» есть центрированное пространство, единственное и уникальное место, занимаемое каждым из нас.

Из этой точки в пространстве, маркирующей эйдетическое «чистое я», разворачивается как самоконституирование внутреннего мира человека и многообразных психологических феноменов, составляющих его содержание, так и конструирование внешней реальности, осуществляемое исходно при помощи эмпирических восприятий, ментально упорядочиваемых сознанием в виде более или менее стабильных объектов и закрепляемых посредством знаково-символических форм. Знаки, таким образом, играют ведущую роль в качестве средств конструирования реальности, а также организации индивидуального опыта и его трансляции другим субъектам. При помощи знаков, следовательно, феномены, имеющие чисто субъективную релевантность, приобретают интересубъективный характер<sup>11</sup>, становясь предметами коммуникативного социального взаимодействия.

Именно благодаря коммуникации знаково-символические формы становятся основными средствами конструирования различных видов реальности, в том числе реальности социокультурной и юридической. Если бы окружающий мир, явленный каждому из нас в чувственных восприятиях, оставался бы достоянием только субъекта, его внутренней картины реальности, как это происходит у животных, то, по всей видимости, феномены этой реальности не нуждались бы в знаковом опосредствовании. Однако человек есть не просто существо символическое, его коммуникативные навыки помогают экстернализовать содержание внутреннего мира каждого из нас, придавая его феноменам интересубъективное значение в рамках коммуникативного взаимодействия.

Итак, деятельность индивидов, их коммуникативное взаимодействие, реализуемое в разнообразных знаково-символических формах, конструирует интересубъективную социальную реальность, делая ее общим достоянием участников коммуникации, благодаря достигнутому этими последними исходным конвенциям, обеспечивающим взаимопонимание. Таким образом, благодаря экстернализации внутреннего опыта в деятельности субъектов, в их знаковой коммуникации, обеспечиваются и социальный порядок, и порядок правовой<sup>12</sup>.

На неразрывную причинно-следственную связь социальных порядков с человеческой деятельностью обращает особое внимание А. В. Поляков, по словам которого: «Откуда берется человеческий порядок? Он существует лишь как продукт человеческой деятельности, поскольку создается человеком в процессе непрерывного человеческого производства, которое называют экстернализацией. Человеческое существование невозможно в закрытой сфере внутреннего бездействия. Человек должен непрерывно экстернализовать себя в коммуникативной деятельности. Эта антропологическая необходимость коренится в биологии человека. Внутренняя нестабильность человеческого существования вынуждает его к тому, чтобы человек сам обеспечивал стабильное окружение для своего поведения»<sup>13</sup>.

Таким образом, различные виды человеческой деятельности выступают стержнем соответствующих видов реальности, включая реальность правовую, в основе которой лежит деятельность

<sup>10</sup> См.: Гуссерль Э. Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии. Книга первая. Общее введение в чистую феноменологию. М.: ДИК, 1999. С. 132.

<sup>11</sup> См. подробнее: Шюц А. Смысловое строение социального мира // Шюц А. Избранное. Мир, светящийся смыслом. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. С. 856 и след.

<sup>12</sup> См.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М.: Медиум, 1995. С. 86–89.

<sup>13</sup> Поляков А. В. Коммуникативное правовопонимание: избр. труды. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2014. С. 59–60.

юридическая. Под юридической деятельностью мы понимаем совокупность релевантных действий субъектов правового общения по производству специфически правовых смыслов и облечению этих смыслов в знаково-символические формы, используемые для передачи информации о социальной реальности. Полагаем, было бы ошибкой считать правовую реальность чем-то, по сущности своей отличающимся от иных видов реальности, также «сущностно» обособляемых друг от друга. Объектом освоения в ходе юридической деятельности выступает общая для всех реальность, включающая в себя феномены, наполняемые участниками коммуникации различным (экономическим, политическим, правовым, культурным и прочим) смыслом. Следовательно, реальность как универсальное знаковое пространство не дифференцируется на регионы, выделяемые по большей части лишь умозрительно. Различаются только виды деятельности, продуцируемые ими смыслы, а также те семиотические комплексы, при помощи которых реальность конструируется.

Сказанное относится и к юридической деятельности, имеющей, подобно иным видам последней, коммуникативную природу. Коммуникация в правовой сфере (и, следовательно, юридическая деятельность в целом) может быть представлена как особый механизм текстопорождения, причем в качестве юридических текстов выступают не только законы, как может показаться на первый взгляд, но и любые акты юридически значимого поведения, как облеченные в письменно-документальную форму, так и не облеченные в нее<sup>14</sup>. Внутренняя структурированность юридической деятельности, включающей в себя как различные виды деятельности профессиональной, а именно правотворческой и правоприменительной, так и непрофессиональную юридическую деятельность, направленную на приобретение и реализацию субъективных прав, а также исполнение обязанностей, является первопричиной многообразия юридических текстов, совокупность которых структурирует семиотическое пространство правовой реальности.

Важное место в структуре юридической деятельности занимает научное познание, выступающее не только как особый вид юридически значимого поведения, но и как онтологический фундамент для всех прочих его видов. Значение научного юридического познания поистине трудно переоценить, ибо оно не просто организует уже имеющуюся правовую информацию, придавая ей те или иные символические формы, но и порождает новую информацию, обеспечивая тем самым динамику правовой реальности, расширение ее пространства и вовлечение в него все новых культурных феноменов. Таким образом, научное познание выступает не просто основным средством конструирования правовой реальности в синхронном измерении, но и важным фактором ее эволюции в диахронной ретроспективе<sup>15</sup>.

Возвращаясь к теме, прозвучавшей в самом начале, можно констатировать, что в условиях становления информационного общества и соответствующего ему типа правопорядка формируются и новые виды юридической деятельности, оперирующие качественно новыми знаковыми формами, конституирующими те феномены, которые не имели аналогов в правопорядках прошлого, включая даже самое недавнее прошлое. К числу таких феноменов относятся цифровые объекты, а также цифровые права, природа которых требует своего глубокого осмысления. Представляется, что та нестабильность социального и правового порядка, о которой шла речь ранее, во многом обусловлена новизной и нестандартностью складывающихся фактических ситуаций, ставящих перед юридической наукой задачи, требующие своего решения.

В работах авторов, размещенных в настоящем выпуске журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», содержится попытка постановки проблем, представляющих особую актуальность в сложившихся условиях. Несложно заметить, что многообразие тематики публикаций отражает структуру современного юридического знания, восходящего от философско-правовых обобщений и историко-юридических исследований к исследованию частных, но весьма насущных вопросов, от решения которых во многом зависит эффективность профессиональной юридической деятельности, сообщающей импульс к развитию правопорядка и правовой реальности.

*Разуваев Николай Викторович,  
главный редактор*

<sup>14</sup> Последнее обстоятельство дает основание видеть в юридическом поведении культурный феномен. См. подробнее: *Лотман Ю. М.* Семиосфера. СПб.: Искусство-СПб, 2000. С. 178; *Неклюдов С. Ю.* Отмененная «порча»: событие — ритуал — текст // Вестник РГГУ. Сер.: Литературоведение, языковедение, культурология. 2020. № 4. С. 25.

<sup>15</sup> См. об этом: *Разуваев Н. В.* Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2019. № 1. С. 5–22.

# Смысл юридической практики и установки теории права: комментарий к радикальной «герменевтике» Р. Дворкина\*

Касаткин Сергей Николаевич

Самарский государственный экономический университет (Самара, Российская Федерация)  
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и философии, e-mail: kasatka\_s@bk.ru.

## АННОТАЦИЯ

Настоящая работа обсуждает концепцию юридического интерпретативизма известного американского правоведа Рональда Дворкина (1931–2013) в контексте проблем «практической ориентации» правовой теории. В первой части работы фиксируются ключевые установки интерпретативного подхода Р. Дворкина, касающиеся понимания права и юридической практики, интерпретативности правовых суждений, необходимости практической включенности теоретика права. Во второй части дается оценка интерпретативной теории Р. Дворкина, подчеркивается значимость ее «практической направленности», аргументативного и герменевтического потенциала. Вместе с тем отмечается ряд «тёмных мест» концепции американского правоведа, требующих прояснения/обоснования. Таковые связываются с неоправданной универсализацией аргументативного характера юридической практики и идеи «наилучшего морального света», с непроясненностью идеи «участия» теоретика права в постигаемой им практике, а также с радикализмом и недостаточностью аргументов Р. Дворкина для нейтрализации легитимной множественности правовых доктрин. *Ключевые слова:* Р. Дворкин, юридический интерпретативизм, методология юриспруденции, юридическая практика, толкование права, юридическая герменевтика, аналитическая юриспруденция, юридический позитивизм.

## Sense of Legal Practice and Settings of Legal Theory: A Comment to R. Dworkin's Radical "Hermeneutics"

Sergei N. Kasatkin

Samara State University of Economics (Samara, Russian Federation)  
Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at Theory of Law and Philosophy Department; e-mail: kasatka\_s@bk.ru.

## ABSTRACT

This paper discusses conception of legal interpretativism proposed by a famous American jurist, Ronald Dworkin (1931–2013) in context of problems of "practical orientation" of legal theory. The first part of the paper states key attitudes of R. Dworkin's interpretive approach as to understanding of law and legal practice, interpretative character of legal propositions, and necessary practical "involvement" of legal theorist. The second part assesses R. Dworkin's interpretive theory, emphasizes importance of its "practical direction", as well as its argumentative and hermeneutic potential. Simultaneously, the paper highlights a number of "dark spots" within the American jurist's conception that require elucidation/justification. These are linked with an unjustified universalization of argumentative character of legal practice and of the idea of "the best moral light", with lack of clarity in the idea of legal theorist's "participation" in the practice being comprehended, as well as with radicalism and insufficiency of R. Dworkin's arguments to neutralize legitimate plurality of legal doctrines.

*Keywords:* R. Dworkin, legal interpretativism, methodology of jurisprudence, legal practice, legal interpretation, legal hermeneutics, analytical jurisprudence, legal positivism.

## Введение

Проблемы общего соотношения теории и практики составляют предмет дискуссий в различных сферах жизни общества. Особенно остро подобные обсуждения проявляются в сфере права, где имеется тесная взаимосвязь между доктринальным инструментарием правового теоретизирования и вытекающими отсюда квалификациями социальных фактов, порождающих значимые практические следствия<sup>1</sup>. Наложённые на проблематику стандартов рациональности и требований к построению надлежащей теории права, отмеченные дискуссии порождают круг вопросов о «практической

\* Публикация подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 18-011-01213 «Право как целостность — право как интерпретация: теоретико-методологическая и проблемно-историческая реконструкция доктрины юридического интерпретативизма Рональда Дворкина (1967–1986)».

<sup>1</sup> См., в частности: Разуваев Н. В. Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и практическая юриспруденция, 2019. № 1. С. 5–22.



ориентации» правовой теории: о должной мере ее вовлеченности в юридическую практику, потребности и основаниях/возможностях ее автономизации и т. п.

Будучи значимыми, указанные вопросы имеют свою специфику в различных национальных контекстах. В отечественной правовой мысли, зачастую следующей в русле классической рациональности, традиционно отстаивается обособленность и приоритет в отношении к юридической практике «теории государства и права», провозглашаемой в качестве системы объективных знаний о базовых государственно-правовых закономерностях, выраженной посредством особого научного языка, отличного от языка законодательства и повседневного юридического дискурса. Одним из эффектов такой установки выступает — подчеркиваемый в литературе — глубокий разрыв конструкций общей теории права и концептуальных/доктринальных построений внутри юридической деятельности, девальвация ценности правовой теории для самих участников юридической практики<sup>2</sup>. Вызовы, оспаривающие практическую состоятельность общей теории/философии права, характерны и для зарубежной правовой мысли, выстроенной по иным методологическим стандартам. Одним из таких вызовов является, в частности, проистекающая из юриспруденции *common law* критика господствующего учения юридического позитивизма как адекватного объяснения практики вынесения судебных решений<sup>3</sup>.

Учитывая важность подобных дискуссий, в настоящей статье будет затронут один из вариантов проблематизации традиционного соотношения правовой теории и юридической практики — интерпретативная концепция известного американского правоведа Рональда Дворкина (1931–2013), выстроенная в качестве нормативной теории / доктрины судебного решения, альтернативной как аналитико-позитивистскому проекту абстрактного ценностно-нейтрального описания права, так и учениям естественно-правового и «реалистского»/социологического толка<sup>4</sup>. Будучи знаковым для англо-американской юриспруденции, данная концепция представляет интерес и в отечественном контексте как пример нетривиального теоретизирования о праве, стремящегося не просто перестроить классические правоведческие постулаты в духе запросов и идеологем практики, но и защитить ценности правопорядка на базе идей современной философии. При этом целью предлагаемого исследования является не системный анализ интерпретативных воззрений Р. Дворкина, но, скорее, очерк и оценка ряда его методологических установок, связывающих правовую теорию и практику.

Структурно статья будет включать: во-первых, фиксацию базовых тезисов юридического интерпретативизма, затрагивающих понимание Р. Дворкином особенностей юридической практики и надлежащих к ней методологических установок со стороны теоретической юриспруденции; во-вторых, оценку состоятельности и потенциала указанных интерпретативных тезисов американского правоведа.

**Правовая теория и юридическая практика в интерпретативизме Р. Дворкина.** Юридический интерпретативизм Рональда Дворкина развивает его прежние теоретико-правовые построения и выстраивается в оппозиции к одному из господствующих в англо-американской философии права подходов — юридическому позитивизму — и используемой им методологии аналитической юриспруденции.

Как известно, современный англо-американский позитивизм ассоциируется с объяснением права как системы правил, действительность которых определяется не их содержанием или моральной ценностью, а их соответствии критериям, установленным в фактически принимаемом в сообществе правиле распознавания<sup>5</sup>. Методологически юридический позитивизм формулируется

<sup>2</sup> См., в частности: Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания: материалы седьмых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / Отв. ред. В. Г. Графский. М.: Норма, 2013; В поисках теории права: монография / Под ред. Е. Г. Самохиной, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021; Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов / Под общ. ред. С. Н. Касаткина. Самара: СаГА, 2010. Гл. 1, 4; и др.

<sup>3</sup> См., в частности: *Sebok A. J. Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; *Postema G. J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht: Springer, 2011. P. II–III; *Тонков Д. Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления*. М.: Юрлитинформ, 2021. § 1.1.3, 2.1; *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Ch. 29.

<sup>4</sup> См.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977; *Idem. A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press, 1985; *Idem. Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986; *Idem. Hart's Posthumous Reply*. *Harvard Law Review*, 2017. Vol. 130. № 8. P. 2096–2130; *Idem. Justice in Robes*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2006. Ch. 6; и др.

<sup>5</sup> См., в частности: *Hart H. L. A. The Concept of Law*. 2nd ed. With H. L. A. Hart's "Postscript" / Ed. by P. A. Bulloch, J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. P. 185, 250 etc.; *Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the*

в качестве общей, описательной и морально-нейтральной теории (аналитической юриспруденции), автономной от образцов частного/парокиального и нормативного рассуждения о праве<sup>6</sup>. Основой такой автономизации выступает различие анализа понятия права и того, в чем состоит право в конкретных случаях: общий вопрос «Что такое право?» полагается здесь отличным и независимым от вопроса «В чем состоит право в конкретном случае?» в любой данной правовой системе<sup>7</sup>. Соответственно, позитивистская теория нацелена лишь на общее/аналитическое описание и отграничение права как системы правил, объяснение его нормативности и действительности<sup>8</sup> — допускается, что юридические правила могут не применяться конкретными судьями при решении конкретных дел, применяться частично либо использоваться в качестве «ширмы» и т. д., однако подобные практики мыслятся скорее как немногочисленные и периферийные<sup>9</sup>, а потому мало-значимые для общей концептуализации права как нормативной системы<sup>10</sup>.

Содержание и методологические установки юридического позитивизма признаются Р. Дворкином неадекватными как в теоретическом, так и в практическом (функциональном, политическом, легитимационном) плане. Если на начальных этапах критики позитивизм оспаривается автором в опоре на «юриспруденцию принципов» (которая подчеркивает их специфику и особую роль в праве, юридическом рассуждении, защите прав, а также в определении границ институционального долга судей, принимающих решения)<sup>11</sup>, то в последующем такая критика базируется на методологически обновленной теории юридического толкования как частного случая общей интерпретативной деятельности и сердцевины феномена/института права<sup>12</sup>.

Обращаясь к интерпретативной концепции Рональда Дворкина — предмету настоящей статьи, следует отметить ряд базовых элементов его методологической позиции, касающихся соотношения правовой теории и практики.

Во-первых, право ассоциируется Р. Дворкином не с системой прежних «политических решений», то есть решений законодательных и судебных институтов (связанных с ними официальных текстов/источников права и формализованных правил), но именно с системой практик юридической аргументации, с обоснованием членами общества своих правовых суждений, прав и обязанностей<sup>13</sup>. Иначе говоря, юридическая практика — воплощающая суть права и подлежащая изучению со стороны правовой теории — носит аргументативный характер, то есть характер немеханический, необъективистский, но социальный, институциональный, нормативный. Изложенные в официальных источниках формализованные правила образуют лишь часть более широкого аргументативного пространства, в рамках которого споры могут касаться не только фактов прошлых политических решений («эмпирические разногласия»), но и того, являются ли они исчерпывающими или приоритетными в череде оснований права / истинности правовых суждений («теоретические разногласия»)<sup>14</sup>.

Во-вторых, согласно Р. Дворкину, развитие института права влечет за собой формирование у участников юридической практики так называемой интерпретативной установки, включающей два допущения. Прежде всего, это допущение о том, что соответствующая практика не просто существует, но имеет ценность, служит определенному интересу, цели, реализует определенный принцип, то есть, иначе говоря, имеет определенный смысл, который при этом можно констати-

---

Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994. Ch. 10, etc.; Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алет-Пресс, 2016. Гл. 3; The Cambridge Companion to Legal Positivism / Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Introduction; и др.

<sup>6</sup> См.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 239–244; *Raz J. Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason.* New York: Oxford University Press, 2009. Ch. 2–3. Подробнее см. также: *Касаткин С. Н.* Объяснение правовых понятий в аналитической юриспруденции Г. Харта: методология и проблематизация. Труды Института государства и права РАН, 2018. Т. 13. № 1. С. 43–71.

<sup>7</sup> См.: *Marmor A.* Interpretation and Legal Theory. 2nd ed. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2005. P. 27 ff.

<sup>8</sup> См., в частности: The Cambridge Companion to Legal Positivism. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Introduction; The Legacy of John Austin's Jurisprudence. Ed. by M. Freeman, P. Mindus. Dordrecht: Springer, 2013. P. 275 ff.

<sup>9</sup> См.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 136, etc.

<sup>10</sup> Подробнее см.: *Касаткин С. Н.* «Теория права» vs. «теории судебного решения»: основания методологической квалификации правовых учений в полемике Р. Дворкина и позитивистов. Труды Института государства и права РАН, 2021. Т. 16. № 4. С. 25–26 и др.

<sup>11</sup> См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Ch. 2–4, etc.

<sup>12</sup> См.: *Dworkin R.* A Matter of Principle. Ch. 6; *Idem.* Law's Empire. Ch. 2. Подробнее см. также: *Postema G. J.* Op. cit. Ch. 9; *Касаткин С. Н.* Границы Империи: юридический интерпретативизм Рональда Дворкина на карте правовых теорий. Самара: СЮИ ФСИН России, 2021. § 1.3–1.4; и др.

<sup>13</sup> См.: *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Introduction; *Idem.* Law's Empire. P. 52, 190, etc.

<sup>14</sup> См.: *Dworkin R.* Law's Empire. Ch. 1.

ровать независимо от простого описания правил, составляющих эту практику. Согласно второму допущению, требования социальной практики чувствительны к ее смыслу, так что строгие правила должны пониматься, применяться, расширяться, изменяться или ограничиваться этим смыслом<sup>15</sup>. Как следствие, благодаря утверждению в сообществе описанной интерпретативной установки люди стремятся придать институту права (юридической практике) определенное значение — увидеть его в наилучшем свете, а затем в свете этого значения обеспечить его перестройку<sup>16</sup>.

В-третьих, учитывая такой характер юридической практики (права), его постижение, по Р. Дворкину, возможно лишь через «конструктивное»/творческое толкование, связанное не с замыслом автора, но с целями, решениями или «гипотезами» интерпретатора, и предполагающее их наложение на объект или практику с тем, чтобы представить их наилучшим примером рода, формы, жанра, к которому, как считается, они относятся<sup>17</sup>. В представленном виде толкование будет включать три последовательные стадии: 1) доинтерпретативную стадию, где устанавливаются правила и стандарты, которые, как предполагается, обеспечивают предварительное содержание практики; 2) интерпретативную стадию, на которой интерпретатор определяется с общим обоснованием выявленных ранее главных элементов практики; 3) постинтерпретативную или реформирующую стадию, на которой он правит свое понимание того, что «в действительности» требует практика, так чтобы оно лучше служило обоснованию, принятому им на интерпретативной стадии<sup>18</sup>. В этой перспективе, по Р. Дворкину, любые правовые суждения носят интерпретативный характер, включая описание и оценку, реконструкцию сложившейся системы решений и правил, а также ее представление в наилучшем моральном свете<sup>19</sup>. Как следствие, решения судьи уподобляются правоведам написанию коллективного литературного романа по цепочке, где каждый последующий судья («соавтор») должен и установить общий смысл прежних решений («глав»), и дать им в новых условиях наилучшее продолжение как интегральной части истории правовой системы («права как целостности»)<sup>20</sup>.

В-четвертых, поскольку, согласно Р. Дворкину, для познания права как социальной практики требуется постижение ее общего смысла и структуры, теоретик права не может ограничиться ни простым наблюдением такой практики, ни выявлением намерения ее участников — он должен сам принять в ней участие, вовлекаясь в процедуры «конструктивного»/творческого толкования. Отсюда — суждения теоретика не имеют провозглашаемых аналитической юриспруденцией принципиальных отличий от описанных ранее суждений судьи, представляя право в его наилучшем (моральном) свете, находя равновесие между обнаруживаемой юридической практикой и ее наилучшим обоснованием<sup>21</sup>. Теория права тем самым обсуждает и формирует интерпретативную основу любого юридического аргумента, выступает общей частью судебного решения, «молчаливым прологом» к любому решению в праве<sup>22</sup>. Следствием этого, по Р. Дворкину, является не просто «скудность» и «стерильность», но несостоятельность или невозможность «внешней», чисто описательной и морально-нейтральной юриспруденции (в духе современного юридического/аналитического позитивизма), рассуждающей с некой «архимедовой» точки зрения<sup>23</sup>. Все правовые теории по своей природе — соучастницы реальной практики: они все, вне зависимости от их самосознания и самоописания, суть интерпретативные конструкции, легитимирующие конкретные официальные практики в контексте ценностей конкретного общества, культуры, правовой системы<sup>24</sup>.

**Интерпретативизм Р. Дворкина: методологический комментарий.** Подход Рональда Дворкина видится довольно необычным и даже провокационным и для отечественной мысли, ориентированной на стандарты и язык классической рациональности, и для (методологически более продвинутой) зарубежной, в том числе англо-американской, юриспруденции.

Целый ряд аспектов концепции Р. Дворкина заслуживает внимания. Здесь импонирует практическая направленность идей автора (отсутствующая в отечественных и зарубежных образцах «высокой» правовой теории), центрированное обсуждение им проблематики правовых суждений (их обоснованности и истинности), акцент на аргументативном характере юридической практики,

<sup>15</sup> См.: Ibid. P. 47.

<sup>16</sup> См.: Ibid.

<sup>17</sup> См.: *Dworkin R. A Matter of Principle*. P. 149 ff.; Idem. *Law's Empire*. P. 52, etc.

<sup>18</sup> См.: Ibid. P. 66.

<sup>19</sup> См.: *Dworkin R. A Matter of Principle*. P. 147 ff.; Idem. *Law's Empire*. P. 225, etc.

<sup>20</sup> См.: *Dworkin R. A Matter of Principle*. Ch. 6–7; Idem. *Law's Empire*. Ch. 7.

<sup>21</sup> См.: *Dworkin R. Law's Empire*. P. 64, 90, etc.; Idem. *Hart's Posthumous Reply*. S. I.

<sup>22</sup> См.: *Dworkin R. Law's Empire*. P. 64, 90, etc.

<sup>23</sup> См.: *Dworkin R. Justice in Robes*. Ch. 7; Idem. *Hart's Posthumous Reply*. S. I.

<sup>24</sup> См.: *Dworkin R. Law's Empire*. Ch. 2–3.

ее институциональных основаниях, а равно использование автором (нечастого для сегодняшней юриспруденции) инструментария философской герменевтики, осознающей, что познание как понимание возможно лишь через включение смыслов в собственную систему, то есть в систему решений, установок, «гипотез» интерпретатора. Все это способствует как обретению интерпретативизмом статуса самостоятельной правовой теории, так и расширению его доктринального потенциала в практике современных правопорядков.

Вместе с тем в изложенных позициях Р. Дворкина есть и проблемные, «тёмные» места, которые вызывают вопросы и нуждаются в дополнительном прояснении или обосновании.

Во-первых, увязывание Р. Дворкином юридической практики с необходимо аргументативным ее характером влечет за собой ограничение в универсальности создаваемой на этой основе правовой теории. Как представляется, акцент на аргументацию как ключевую черту института права не вполне согласуется с правопорядками, присущими, например, авторитарным политическим режимам с бюрократической, закрытой или коррумпированной системой официальных учреждений. И здесь вопросы «рационального дискурса» (центрируемые как в зарубежной, так и в отечественной мысли) будут скорее отходить на второй план, что, в свою очередь, обуславливает и снижение ценности соответствующей правовой теории. То же, видимо, касается и идеи «наилучшего морального света», формирующей в концепции американского правоведа сердцевину юридического толкования и рассуждения: помимо размытости и релятивности данной идеи, ее проблемности в «аморальных» системах, она вряд ли может считаться универсальным базовым критерием истинности правовых суждений/решений в бюрократических, авторитарных и, возможно, идеологизированных правопорядках<sup>25</sup>.

Во-вторых, увязывая постижение теоретиком смысла права или юридической практики с участием в ней, Р. Дворкин, как представляется, не проясняет достаточным образом саму идею «участия». Из позиций правоведа следует, что любое рассуждение, оценивающее истинность или ложность суждений о праве в отношении того или иного правопорядка, автоматически означает участие в юридической практике. Однако феноменологически и чисто практически это вызывает возражения. Остается неясным, почему любое наше суждение о правопорядке мыслится участием в нем. Как быть с суждениями, которые адресованы зарубежным правопорядкам, правопорядкам прошлого либо вымышленным формам права?<sup>26</sup> То же касается и ценностных оснований юридической практики и правовых суждений: разве невозможно для теоретика пытаться реконструировать определенные ценности, присущие сообществу, при этом не разделяя таковых (что выступает базовой методологической установкой, например, в интерпретативной традиции в социологии<sup>27</sup> или в доктрине «герменевтического» юридического позитивизма<sup>28</sup>)?

Наконец, в-третьих, аргументы Р. Дворкина видятся недостаточными для (полной) нейтрализации позитивистского и т. п. проекта общей описательной и морально-нейтральной правовой теории, а равно для переописания всех теорий как интерпретативных, ценностно-ангажированных обоснований применения государственного принуждения или защиты прав в различных по степени общности случаях. Даже если, как утверждает американский правовец, постижение права базируется на понимании его смысла, требующего в свою очередь ценностных суждений, это скорее указывает на меньшую значимость или востребованность «внешних» теоретических описаний природы и практики права<sup>29</sup>, а не на их полную несостоятельность или невозможность. Очевидно, что правовые теории задаются контекстами крайне различающихся между собой исторических эпох, культур, правовых систем, социальных классов и прочих<sup>30</sup>, а равно конструируются исходя из неординарных стандартов относительно предмета, целей, ценностей, методологии правовой теории, критериев ее рациональности, состоятельности, успешности и т. п.<sup>31</sup> Все это делает

<sup>25</sup> Ср.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 269–272; *Schauer F. Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law.* Ratio Juris, 2010. Vol. 23. № 1. P. 1–21.

<sup>26</sup> Ср.: *Raz J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.* P. 197, etc.; *Булыгин Е. В.* Указ. соч. Гл. 26; и др.

<sup>27</sup> См., в частности: *Вебер М.* «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // *Вебер М.* Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 345–415.

<sup>28</sup> См.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 242–244.

<sup>29</sup> Ср.: *Finnis J. On the Incoherence of Legal Positivism.* Notre Dame Law Review, 2000. Vol. 75. № 5. P. 1611, etc.

<sup>30</sup> См., в частности: *Лундмарк Т.* Очерки сравнительного правоведения. СПб.: Алетейя-Пресс, 2022. Гл. 1.

<sup>31</sup> См., в частности: *The Legacy of John Austin's Jurisprudence.* Ed. by M. Freeman, P. Mindus. Dordrecht: Springer, 2013. Ch. 1; *Кэлер Л.* Значение нормативных оснований для формирования правовых понятий. Труды Института государства и права РАН, 2020. Т. 15. № 3. С. 62–91; В поисках теории права: монография / Под ред. Е. Г. Самохиной, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. Гл. 1, 9, 10 и др.



методологические заявления Р. Дворкина слишком радикальными, «империалистическими» и недостаточными для нейтрализации легитимной множественности теорий о праве<sup>32</sup>, в том числе при построении практико-ориентированных (и практико-ограниченных) правовых доктрин.

## Литература

1. Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016.
2. Вебер М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Вебер М. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 345–415.
3. В поисках теории права: монография / Под ред. Е. Г. Самохиной, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021.
4. Касаткин С. Н. Границы Империи: юридический интерпретативизм Рональда Дворкина на карте правовых теорий. Самара: СЮИ ФСИН России, 2021.
5. Касаткин С. Н. Объяснение правовых понятий в аналитической юриспруденции Г. Харта: методология и проблематизация. Труды Института государства и права РАН, 2018. Т. 13. № 1. С. 43–71.
6. Касаткин С. Н. «Теория права» vs. «теории судебного решения»: основания методологической квалификации правовых учений в полемике Р. Дворкина и позитивистов. Труды Института государства и права РАН, 2021. Т. 16. № 4. С. 21–40.
7. Кэлпер Л. Значение нормативных оснований для формирования правовых понятий. Труды Института государства и права РАН, 2020. Т. 15. № 3. С. 62–91.
8. Лундмарк Т. Очерки сравнительного правоведения. СПб.: Алеф-Пресс, 2022.
9. Разуваев Н. В. Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и практическая юриспруденция, 2019. № 1. С. 5–22.
10. Тонков Д. Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. М.: Юрлитинформ, 2021.
11. Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания: материалы седьмых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / Отв. ред. В. Г. Графский. М.: Норма, 2013.
12. Юриспруденция в поисках идентичности: сб. статей, переводов, рефератов / Под общ. ред. С. Н. Касаткина. Самара: СаГА, 2010.
13. Cambridge Companion to Legal Positivism. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge, New York: Oxford University Press, 2021.
14. Dworkin, R. A Matter of Principle. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press, 1985.
15. Dworkin, R. Hart's Posthumous Reply. Harvard Law Review, 2017. Vol. 130. № 8. P. 2096–2130.
16. Dworkin, R. Justice in Robes. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2006.
17. Dworkin, R. Law's Empire. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986.
18. Dworkin, R. Taking Rights Seriously. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.
19. Finnis, J. On the Incoherence of Legal Positivism. Notre Dame Law Review, 2000. Vol. 75. № 5. P. 1597–1611.
20. Hart, H. L. A. The Concept of Law. 2nd ed. With H. L. A. Hart's "Postscript". Ed. by P. A. Bulloch, J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.
21. Marmor, A. Interpretation and Legal Theory. 2nd ed. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2005.
22. Postema, G. J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht: Springer, 2011.
23. Raz, J. Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: Oxford University Press, 2009.
24. Raz, J. Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.
25. Schauer, F. Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law. Ratio Juris, 2010. Vol. 23. № 1. P. 1–21.
26. Sebok, A. J. Legal Positivism in American Jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
27. The Cambridge Companion to Legal Positivism. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
28. The Legacy of John Austin's Jurisprudence. Ed. by M. Freeman, P. Mindus. Dordrecht: Springer, 2013.

## References

1. Bulygin, E. V. Selected Works on Theory and Philosophy of Law [Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava]. St. Petersburg: Alef-Press, 2016. (In Rus.)
2. Weber, M. "Objectivity" of Socio-Scientific and Socio-Political Cognition [Ob'ektivnost' sotsial'no-nauchnogo i sotsial'no-politicheskogo poznaniya]. Weber M. Selected works [Izbrannye raboty]. Moscow: Progress, 1990. P. 345–415. (Trans from Ger.)
3. In Search of the Theory of Law: Monograph [V poiskah teorii prava: monografiya]. Ed. by E. G. Samokhina, E. N. Tonkov. St. Petersburg: Aleteya, 2021. (In Rus.)

<sup>32</sup> Подробнее см.: Касаткин С. Н. «Теория права» vs. «теории судебного решения»: основания методологической квалификации правовых учений в полемике Р. Дворкина и позитивистов. С. 29–38.



4. *Kasatkin, S. N.* Borders of Empire: Ronald Dworkin's Legal Interpretativism on the Map of Legal Theories [Granitsy Imperii: yuridicheskij interpretativizm na karte pravovyh teorii]. Samara: SUI FSIN of Russia, 2021. (In Rus.)
5. *Kasatkin, S. N.* Explanation of Legal Concepts in H. L. A. Hart's Analytical Jurisprudence: Methodology and Problematization [Objasnenie pravovyh ponjatij v analiticheskoj jurisprudencii G. Harta: metodologija i problematizacija]. Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN], 2018. Vol. 13. № 1. P. 43–71. (In Rus.)
6. *Kasatkin, S. N.* "Theory of Law" vs. "Theory of Adjudication": Bases of Methodological Qualification of Legal Doctrines in Polemics Between R. Dworkin and Positivists ["Teoriya prava" vs. "Teoriya sudebnogo resheniya": osnovaniya metodologicheskoy kvalifikatsiyi pravovuh ucheniy v polemike R. Dvorkina i pozitivistov]. Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN], 2021. Vol. 16. № 4. P. 21–40. (In Rus.)
7. *Kähler, L.* The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts [Znachenie normativnyh osnovanij dlja formirovaniya pravovyh ponjatij]. Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN], 2020. Vol. 15. № 3. P. 62–91. (Trans. from Eng.)
8. *Lundmark, T.* Essays of Comparative Jurisprudence [Ocherki sravnitel'nogo pravovedeniya]. St. Petersburg: Alef-Press, 2022. [trans. from Eng]
9. *Razuvayev, N. V.* Legal Doctrine as a Means of Constructing of Legal Reality [Yuridicheskaya doctrina kak sredstvo konstruirovaniya pravovoy real'nosti]. Theoretical and practical jurisprudence [Teoreticheskaya i prakticheskaya yurisprudentsiya], 2019. № 1. P. 5–22. (In Rus.)
10. *Tonkov, D. E.* Legal Realism: American and Scandinavian Trends [Pravovoj realizm: amerikanskoe i skandinavskoe napravleniya]. Moscow: Yurlitinform, 2021. (In Rus.)
11. Encyclopedia of Jurisprudence or Integral Jurisprudence? Problems of Study and Teaching: Materials of the Seventh Philosophical and Legal Readings in Memory of Academician V. S. Nersesyants [Entsyklopediya pravovedeniya ili integral'naya yurisprudentsiya? Problemy izucheniya i prepodavaniya: materialy sed'myh filosofsko-pravovyh chteniy pamyati akademika V. S. Nersesyantsa]. Ed. by V. G. Grafsky. Moscow: Norma, 2013. (In Rus.)
12. Jurisprudence in Search of Identity: Collection of Articles, Translations, Synopsises [Yurisprudentsiya v poiskah identichnosti: sbornik statei, perevodov, referatov]. Ed. by S. N. Kasatkin. Samara: SaGA, 2010. (In Rus.)
13. Cambridge Companion to Legal Positivism. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge, New York: Oxford University Press, 2021.
14. *Dworkin, R.* A Matter of Principle. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press, 1985.
15. *Dworkin, R.* Hart's Posthumous Reply. Harvard Law Review, 2017. Vol. 130. № 8. P. 2096–2130.
16. *Dworkin, R.* Justice in Robes. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2006.
17. *Dworkin, R.* Law's Empire. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986.
18. *Dworkin, R.* Taking Rights Seriously. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.
19. *Finnis, J.* On the Incoherence of Legal Positivism. Notre Dame Law Review, 2000. Vol. 75. № 5. P. 1597–1611.
20. *Hart, H. L. A.* The Concept of Law. 2nd ed. With H. L. A. Hart's "Postscript". Ed. by P. A. Bulloch, J. Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.
21. *Marmor, A.* Interpretation and Legal Theory. 2nd ed. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2005.
22. *Postema, G. J.* A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht: Springer, 2011.
23. *Raz, J.* Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: Oxford University Press, 2009.
24. *Raz, J.* Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.
25. *Schauer, F.* Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law. Ratio Juris, 2010. Vol. 23. № 1. P. 1–21.
26. *Sebok, A. J.* Legal Positivism in American Jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
27. The Cambridge Companion to Legal Positivism. Ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
28. The Legacy of John Austin's Jurisprudence. Ed. by M. Freeman, P. Mindus. Dordrecht: Springer, 2013.

## «Безжалостная милостивая Лета» Б. Мелкевика: коллективная ответственность и культура отмены в мемориальных войнах\*

**Артамонов Денис Сергеевич**

Саратовский национальный исследовательский государственный университет имени Н. Г. Чернышевского (Саратов, Российская Федерация)  
кандидат исторических наук, доцент, e-mail: artamonovds@mail.ru.

**Тихонова Софья Владимировна**

Саратовский национальный исследовательский государственный университет имени Н. Г. Чернышевского (Саратов, Российская Федерация)  
доктор философских наук, профессор, e-mail: segedasv@yandex.ru.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящается рассмотрению философско-правовых взглядов Б. Мелкевика на вопросы, связанные с юридическим осмыслением коллективной памяти, исторической ответственности и коллективной вины. Авторы вписывают рассуждения исследователя в широкий контекст развития представлений о коллективной ответственности и связывают критикуемую Б. Мелкевиком «этическую память» с «культурой отмены» и распространением «новой этики», предполагающей возможность возложения вины за действия одного человека на группу, с которой он идентифицируется. Авторы рассматривают границы применимости концепции «Леты» Б. Мелкевика, считая, что конвенциональное установление режима забвения для исторической памяти через демократические процедуры подрывает экспертность профессионального исторического знания, обеспечивающего надежное Прошлое. Они приходят к выводу, что «культура отмены», характерная для цифровой медиасреды, блокирует используемую Мелкевиком хабермасовскую модель коммуникативной рациональности.

*Ключевые слова:* коллективная ответственность, коллективная память, культура отмены, мемориальные войны, коммуникативная теория права.

## “Merciless Merciful Summer” by B. Melkevik: Collective Responsibility and Cancel Culture in Memorial Wars

**Denis S. Artamonov**

Saratov State University (Saratov, Russian Federation)  
PhD in History, Associated Professor; e-mail: artamonovds@mail.ru.

**Sophia V. Tikhonova**

Saratov State University (Saratov, Russian Federation)  
Doctor of Science (Philosophy), Professor; e-mail: segedasv@yandex.ru.

### ABSTRACT

This article describes the B. Melkevik’s philosophical and legal views on issues related to the legal understanding of collective memory, historical responsibility and collective guilt. The authors fit the researcher’s reasoning into the broad context of the development of ideas about collective responsibility and link the “ethical memory” criticized by B. Melkevik with the “cancel culture” and the spread of “new ethics”, suggesting the possibility of placing blame for the actions of one person on the group with which he identifies. The authors consider the limits of applicability of the concept of “Leta” B. Melkevik, believing that the conventional establishment of a regime of oblivion for historical memory through democratic procedures undermines the expertise of professional historical knowledge that provides a reliable Past. They come to the conclusion that the “cancel culture” characteristic of the digital media environment blocks the Habermas model of communicative rationality used by Melkevik.

*Keywords:* collective responsibility, collective memory, cancellation culture, memorial wars, communicative theory of law.

Цифровизация дискурсивных практик в современном обществе изменила способы нормогенеза и механизмов выработки общественного консенсуса. Рациональность публичных дискуссий по ключевым для права вопросам теряет свои классические формы под воздействием механики

\* Работа выполнена при поддержке Российского научного фонда в рамках конкурса «Проведение фундаментальных научных исследований и поисковых научных исследований отдельными научными группами» (региональный конкурс), 22-18-20011 «Цифровая грамотность: междисциплинарное исследование (региональный аспект)».

постправды, понимаемой как система легитимации в социальных сетях. Наиболее лабильными оказываются образы Прошлого, используемые как геополитическими субъектами, так и социальными группами мезоуровня для конструирования социально-политических идентичностей. Прошлое становится ключевым ресурсом мемориальных войн, что инициирует эволюцию мемориальных войн в цифровой среде. В рамках данной статьи мы попытаемся рассмотреть специфику современной философско-правовой рефлексии, направленной на проблемы этического и правового регулирования исторической памяти, учитывая вызовы сетевого мира. Интернет-коммуникация в социальных сетях сделала привычными этические механизмы контроля общественного мнения, основанные на цифровой трансформации форм остракизма. Интернет изначально представлял собой серую зону, ускользающую от воздействия права. Поэтому его этические нормы, сформированные в условиях пробельности национального права, слабо применимого к транснациональному миру социальных сетей, постепенно стали противостоять национальному праву, выдвигая идеи, которые крайне сложно интегрировать в современный юснатурализм. К ним относятся коллективная ответственность и коллективная вина.

Коллективная ответственность подразумевает ситуацию, когда за действия одного или нескольких членов неопределенной по численности группы несут ответственность не совершившие действия, а вся группа целиком. Это может касаться семьи, рода, хозяйственного, трудового, военного, учебного коллектива, жителей города, страны, нации в целом. Ответственность выражается в наказании, возложении обязанностей, а иногда и поощрении, в коллективном случае касающихся не только причастных к какому-либо действию, а имеющих отношение к людям, его совершившим, в самом широком понимании, вплоть до национальной идентификации.

Происхождение коллективной ответственности связано с политической и юридической практикой управления родовыми общинами, когда сюзерен рассматривал подчиненные ему сообщества как единое целое, объединенное общими представлениями о моральных нормах и мироздании. Сообщества отвечали за поступки своего сородича или члена общины в силу не только кровных уз, но и из-за совместного проживания. Человек в общинном мире не мог выжить без коллектива, поэтому все свои действия он соизмерял с его потребностями, правилами, моральными и ценностными нормами. Если совершенные им преступные поступки не были осуждены общиной и он не понес наказание, значит, весь коллектив поддерживает его действия и должен разделить с ним их последствия. Например, в Древнерусском государстве коллективную ответственность использовали князья как инструмент защиты политических интересов господствующих социальных групп. Свод законов Ярослава Мудрого «Русская Правда» предполагал ответственность для всей общины, на территории которой совершено преступление, если не был найден виновник, а князь Мстислав в 1069 г. учинил расправу над жителями города Киева в ответ на восстание, разграбление княжеского дворца и изгнание его отца Изяслава. Наказанию подверглись не только виновные, но и случайные люди, жители города, которых массово казнили и ослепляли<sup>1</sup>.

В настоящее время идея коллективной ответственности воспринимается негативно, так как противоречит презумпции невиновности и возложению вины за деяния на не причастных к ним лиц. Между тем не только в истории, но и в современной повседневности можно встретить ее бытование в самых различных формах<sup>2</sup>. Сегодня концепция корпоративной социальной ответственности подразумевает ответственность всего коллектива корпорации за неспособность достичь поставленных перед компанией целей, вне зависимости от усилий и результатов деятельности отдельных работников и подразделений. В сфере культуры и моральных норм все больше набирает популярность идея культуры отмены (cancel culture), предполагающая осуждение и остракизм не только отдельных личностей, но и целых групп за наличие определенной позиции. В юриспруденции понятие коллективной материальной ответственности фиксируется в хозяйственно-экономической сфере, в частности в трудовом праве. В религии коллективная ответственность как архаическая норма присутствует в Ветхом Завете<sup>3</sup>.

В политической сфере мы можем найти массу примеров применения на практике коллективной ответственности к восприятию различных конфликтов. В период Гражданской войны в России данный принцип проводился в жизнь в форме террора и взятия заложников для устрашения

<sup>1</sup> См.: *Савченко Д. А.* Коллективная ответственность в Древнерусском государстве (XI–XIII века) // Теоретико-прикладные аспекты формирования института уголовного преследования юридических лиц: материалы Всероссийской научно-практической конференции, Новосибирск, 19 февраля 2015 года. Новосибирск: Сибирская академия государственной службы (СибАГС), 2015. С. 189–196.

<sup>2</sup> См.: *Токарева С. Б.* Коллективная и личная ответственность в обществе // *Власть*, 2012. № 3. С. 44–48.

<sup>3</sup> См.: *Прокофьев А. В.* О возможностях реабилитации идеи коллективной ответственности // *Вопросы философии*, 2004. № 7. С. 73–85.

населения и превентивных мер для пресечения неповиновения и возможного сопротивления. В годы Второй мировой войны нацистская Германия применяла коллективную ответственность на захваченных территориях, массово карая местных жителей за помощь человеку еврейской национальности, убийство немецкого солдата, за диверсию партизан, вне зависимости от того, кто совершил данные деяния. Обратный пример — возложение вины за нацистские преступления на этнических немцев после окончания войны и эксцессы, связанные с насилием против немецкого населения в Центральной и Восточной Европе. Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны 1949 г. запрещает репрессии против гражданских лиц и взятие заложников, что является юридическим противодействием принципу коллективной ответственности, применяемому в ходе войн. Коллективное наказание практикуется не только в ситуации войны, но и экономических санкций, которые предполагают наличие коллективной вины у стран, подвергнувшихся им. Сегодня экономическим санкциям подвергнуты Россия, Иран, Северная Корея, Афганистан, Ливан и др., эти действия осуществляются либо с одобрения Организации Объединенных Наций (ООН), либо по инициативе отдельных государств по отношению к другим государствам с целью изменения их внутренней или внешней политики<sup>4</sup>.

Идея коллективной ответственности в современном обществе актуализируется как ответ на кризис моральной индивидуальной ответственности и представляет собой вариант нового этического проекта, основанного на применении неких фильтров, призванных урегулировать научно-техническое развитие нравственными ценностями. Возможность принятия коллективной ответственности уменьшает степень ответственности индивидуальной, которая провоцируется безответственным поведением и потребительской культурой массового общества. Как отметил В. Хесле, «...угрызения совести индивида стихают, если он принимает участие в действиях, за которые не несет единоличной ответственности»<sup>5</sup>. В то же время коллективная ответственность воспринимается как «нечестная система нравственного вменения», так как она элиминирует личностный аспект, хотя только личность, являясь центром морального поступка, может нести ответственность за определенные действия<sup>6</sup>.

Особую актуальность проблематика коллективной ответственности принимает в связи с дискуссиями о формах ее реализации. Так как концепт коллективной ответственности конструируется в качестве этического конструкта, следовательно, привлечение к такой ответственности должно осуществляться в первую очередь в этической плоскости. Способом соединения реальных негативных последствий и этического осуждения стала «культура отмены», использующая социальное давление как метод воздействия на инакомыслящих. Отмена означает прекращение поддержки социального субъекта-индивида (чаще всего речь идет об известных людях, но известность — не принципиальное условие) или общности людей (чаще всего — компаний). Трансляция вербальных сообщений наказывается бойкотом всех форм социальной коммуникации, доступных «виновному», направленным на то, чтобы вытеснить его из социальных и профессиональных сообществ, если он не продемонстрирует публичный отказ и покаяние. При этом его реальное согласие с общественным осуждением в качестве цели не ставится, достаточно, чтобы он прекратил их декларацию. Поэтому «культура отмены» можно рассматривать как форму цензурной практики и аналог самосуда, хотя известны случаи, когда те, кого «отменяли», получали не планировавшиеся бонусы в виде нового интереса к личности, творчеству и продуктам.

Историю «культуры отмены» возводят к разным формам социального ostracism, начиная с его афинского варианта. Однако ее появление связывают с началом второго десятилетия XXI в.: «В 2010-х существовали блоги в Tumblr наподобие Your Fave is Problematic, авторы которых собирали информацию о неоднозначных событиях, высказываниях и поступках звезд. Именно это стало фундаментом для появления современной «культуры отмены». Выражение to cancel стало трендовым после того, как на реалити-шоу «Любовь и хип-хоп: Нью-Йорк» участница проекта заявила своему парню, что он отменен. Совсем скоро фразу стали использовать по отношению к звездам и брендам, чье поведение или заявление пользователи осуждали»<sup>7</sup>. Далее эта практика активно использовалась движениями #MeToo, #ЯНеБоюсьСказать и #BLM, «отменялись» актеры,

<sup>4</sup> См.: Fletcher G. P. Collective Guilt and Collective Punishment // *Theoretical Inquiries in Law*, 2004. № 5 (1). P. 163–178.

<sup>5</sup> Хесле В. *Философия и экология*. М.: Наука, 1993. С. 102.

<sup>6</sup> См.: Платонова А. В. На пути к концепции коллективной ответственности: проблемы и перспективы // *Вестник Томского государственного педагогического университета*, 2013. № 5 (133). С. 132.

<sup>7</sup> Зиновьев Н. С. *Культура отмены как аспект общественного дискурса*. Студенческая наука: актуальные вопросы, достижения и инновации: сборник статей II Международной научно-практической конференции, Пенза, 10 июня 2021 г. Пенза: Наука и просвещение, 2021. С. 270.

режиссеры, телеведущие, блогеры. Во многом «культура отмены» является видом социальной реакции на снижение эффективности классических способов правового регулирования свободы слова в медиасреде, невозможность быстрого восстановления социальной справедливости юридическими средствами там, где речь идет о защите доброго имени и деловой репутации в условиях распространенности практик клеветы, фейка, диффамации и троллинга. Как правило, «отмена» включается тогда, когда речь идет о поддержке дискриминации меньшинств (демонстрация сексизма, расизма, антисемитизма и прочих видов ксенофобии), независимо от того, действительно ли можно юридически квалифицировать высказывания субъекта в качестве «поддерживающих».

П. Норрис, показывая диаметрально противоположные позиции научной оценки «культуры отмены», отмечает, что первая поляризуется, разделяя исследователей на тех, кто считает, что этот феномен блокирует общественные дискуссии и тем самым пагубно влияет на свободу слова, и тех, кто интерпретирует ее позитивно, как новую форму присвоения права голоса маргинализированными субъектами, лишенными возможностей реализовать это право в традиционных формах<sup>8</sup>. Однако культуру отмены исследователи всё чаще трактуют в негативном ключе — например, в исследовании К. Л. Кука и соавторов она определяется как «новый катализатор цифровой ненависти, наблюдаемый на различных медиаплатформах, когда большие группы людей публично критикуют действия жертвы и отказываются от поддержки этой жертвы, что приводит к серьезным последствиям для их средств к существованию и благополучию»<sup>9</sup>. Принципиальное отличие «культуры отмены» как феномена новой этики — ее принципиальная ретроспективность. «Отмена» не знает срока давности и может начать действие по любому резонансному поводу. Также она не предполагает принципа соразмерности и градации общественной опасности: оскорбления, диффамация, профессиональные и прочие потери, которым подвергаются и которые несут «отмененные», крайне редко могут укладываться в рамки эквивалентности причиненным их действиями морального вреда.

Коллективная память сегодня все больше сталкивается с проблемой коллективной ответственности, обусловленной распространением «культуры отмены». Она часто становится объектом законодательства, и появляются соответствующие исследования. Однако изучение памяти с точки зрения права является редкостью. К числу таких исследований относится работа Б. Мелкевика «Роль Леты. О праве и памяти»<sup>10</sup>. Она ставит ряд крайне актуальных вопросов, ответить на которые современным обществам придется в ближайшее время. Эта философско-правовая работа, весьма поэтичная по форме, предоставляет демократии право определять, что помнить, а что забывать. Б. Мелкевик говорит о том, что память дает человеку и обществу возможность жить, и в этом плане справедливо утверждение «жить — значит помнить». Но парадокс, отмечаемый правоведом, заключается в том, что только забвение позволяет жить бесконфликтно, миролюбиво и счастливо. Демократия позволяет забывать, и эту работу демократии у Мелкевика символизирует Лета, тогда как авторитарные режимы памяти он связывает с символом Мнемосины. Мнемосина дает человеку память, и он в ранге полубога или сверхчеловека имеет возможность навязывать свою память другим. Сложно отрицать, что сегодня мы действительно сталкиваемся с двумя режимами памяти. С одной стороны, мы видим, как проведение исторической политики памяти навязывает конкретную модель памяти в условиях мемориальных конфронтаций, то есть память становится все более и более авторитарной; с другой — как мы показали в своем исследовании «Историческая память в социальных медиа», вопросы о том, что помнить, а что забывать, сегодня решаются умными толпами в рамках весьма демократических процессов<sup>11</sup>. Мелкевик разделяет понятия «память» и «коллективное прошлое». Для него память — строго индивидуальна, воспоминания могут быть у каждого свои. Такой подход не выдерживает критики, поскольку теория *memory studies* убедительно показала существование общих коллективных воспоминаний, которые формируются в процессе коммуникации, в пространстве культуры при помощи медиа (в самом широком смысле).

Вопрос о памяти у Мелкевика — это, прежде всего, этический вопрос, связанный с так называемым долгом памяти, который навязывается обществом. Он может быть переформулирован следующим образом: должны ли современники нести ответственность за преступления предков? Сегодня мы видим, как современным белым американцам навязывается чувство вины за то, что

<sup>8</sup> См.: Ng, E. No Grand Pronouncements Here: Reflections on Cancel Culture and Digital Media Participation. *Television & New Media*, 2020. Vol. 21. № 6. P. 621–627.

<sup>9</sup> Whose Agenda is it Anyway: An Exploration of Cancel Culture and Political Affiliation in the United States / C. L. Cook [et al.] // *SN Social Sciences*, 2021. Vol. 1. № 9. P. 237.

<sup>10</sup> См.: Мелкевик Б. Заметки по истории правовых понятий. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2018. С. 69–86.

<sup>11</sup> См.: Тихонова С. В., Артамонов Д. С. Историческая память в социальных медиа. СПб.: Алетейя, 2021. 264 с.



их предки владели чернокожими рабами, или за истребление коренного населения Америки. Такие элементы технологии конструирования коллективной идентичности были обкатаны в послевоенной Германии, где их использовали как новый связующий элемент в консолидации нации. В итоге важной чертой идентичности Германии является раскаяние за преступления нацистов. Признание Холокоста самым страшным преступлением XX в. и коллективное раскаяние в нем стало объединяющим нарративом Европейского союза. Признание вины предполагает наделение другой стороны статусом жертвы. В логике метамодерна, сочетающего несочетаемое, в Германии жертвой был признан сам немецкий народ, который осудил нацистских преступников на Нюрнбергском процессе. Стратегия признания может быть сведена к следующему: конкретные преступники осуждены, сам народ — не столько виновник происшедших преступлений, сколько жертва существовавшего режима.

Другой вопрос, связанный с нашей страной: сегодня жертвами считают себя украинцы и казахи, культивирующие память о голоде на Украине и в Казахстане в 1930-е гг. Эти коллективные воспоминания являются основой их стратегий конструирования собственной нации. В этих странах ставится вопрос об ответственности современной России за события общего прошлого. Должны ли современные россияне принять на себя ответственность за это событие, сделав его частью своей коллективной судьбы? Здесь промежуточные выводы Б. Мелкевика приобретают весьма высокую актуальность. А что, если базовое для коллективной идентичности событие — ложное, если его не было и оно составляет ложную память? Этот вопрос приобретает особую остроту в свете знаменитой резолюции Европарламента 2019 г. о возложении вины за начало Второй мировой войны не только на Германию, но и на СССР<sup>12</sup>. В ответ на попытки возложить на Россию вину за события прошлого Президент РФ Владимир Путин и российские медиа, которые выступают значимыми акторами формирования коллективного прошлого, следуют логике Мелкевика и оценивают вменяемые события как ложные и сфальсифицированные<sup>13</sup>. Такая контроценка, безусловно, является рабочим инструментом политики памяти, но она не способствует диалогу и решению противоречий и только обостряет мемориальные войны. Чтобы выйти из подобных тупиков, Мелкевик переводит вопрос о ложности событий из эпистемологической плоскости в плоскость этики и дает ему новую формулировку: «Насколько вообще этично возлагать на потомков ответственность за любые действия предков?»<sup>14</sup> Он полагает, что вопросы памяти должны решаться на основе гласности, любые преступления должны быть раскрыты и проговорены через публичное обсуждение. Необходимо это для того, чтобы обвиняемые потомки могли выразить свое сочувствие тем, кто считает себя жертвами и разделить с ними их ужас и горе. Замалчивание или отрицание травмирующих событий блокирует сочувствие, поскольку нельзя сочувствовать тому, чего не было. Для Мелкевика такая гласность служит формой превенции преступлений. По его мнению, память не должна быть этической привилегией, она должна быть открыта изменениям. Никаких обязательств и долженствований этического характера в сфере памяти не существует. Иначе говоря, он выводит память из плоскости этики и отрицает любую ее этизацию. Для него гласность нужна демократии именно потому, что демократия должна похоронить прошлое для политической и юридической современности. «Именно современность может предстать в лучшем свете и устремиться в будущее, не повторяя ошибок прошлого, если мы это прошлое забудем»<sup>15</sup>. Только проблема в том, что никакого будущего как социального проекта для современной цивилизации нет, кроме массового тренда на постапокалиптику, чем и объясняется усиленный интерес всех западных государств и России к пересмотру Прошлого.

Подводя итоги нашего анализа, отметим, что рассуждения Б. Мелкевика во многом детерминированы концепцией коммуникативной рациональности Ю. Хабермаса, в которой выработка базовых правовых норм контролируется этикой дискурса, имеющей процедурный характер, то есть дискурс служит «коммуникативным судом»<sup>16</sup>.

Модель Хабермаса феноменологична.

<sup>12</sup> Резолюция Европейского парламента от 19 сентября 2019 г. о важности европейской памяти для будущего Европы. URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_EN.html) (дата обращения: 04.03.2022).

<sup>13</sup> См. например: «Испоганить память не дадим»: Путин ярко показал, что готов к информационной войне с Западом ради исторической справедливости. URL: [https://yandex.ru/turbo/tsargrad.tv/s/news/ispoganit-pamjat-ne-dadim-putin-jarko-pokazal-chto-gotov-k-informacionnoj-vojne-s-zapadom-radi-istoricheskoy-spravedlivosti\\_231940](https://yandex.ru/turbo/tsargrad.tv/s/news/ispoganit-pamjat-ne-dadim-putin-jarko-pokazal-chto-gotov-k-informacionnoj-vojne-s-zapadom-radi-istoricheskoy-spravedlivosti_231940) (дата обращения: 04.03.2022).

<sup>14</sup> Мелкевик Б. Указ. соч. С. 78.

<sup>15</sup> Там же. С. 84.

<sup>16</sup> См.: Мелкевик Б. Юрген Хабермас и коммуникативная теория права. СПб., 2018. 95 с. С. 53.

Во-первых, она ориентирована на разделение общего опыта интересубъективности, основа которой и позволяет концептуализировать норму в демократических процедурах. На первый взгляд, коллективная память опирается на интересубъективный опыт, однако память сама по себе — крайне ненадежный источник данных. «Надежное прошлое» формируется не голосами памяти, а исторической наукой, основанной на рациональной работе со следами прошлого — историческими источниками. Разумеется, историческая наука не способна ответить на все вопросы о том, «как было на самом деле». Но конвенциональное утверждение исторической правды закладывает под консенсус мину замедленного действия — любое вдумчивое обращение к следам подорвет не связанные с ними и противоречащие им картины минувших событий. Вопросы экспертной оценки принципиально неразрешаемы демократическими процедурами.

Во-вторых, модель Хабермаса в принципе диалогична, и любой обрыв коммуникации в духе «культуры отмены» не позволит ее реализовать.

Таким образом, попытка философско-правового осмысления проблем, порождаемых трансформацией исторической памяти в цифровой среде, предпринятая Б. Мелкевиком, выходит за рамки классического правопонимания. Развитие процессов конструирования представлений о прошлом в социальных медиа обуславливает применение коммуникационного подхода для понимания этических и правовых вопросов, возникающих в современных сообществах. Идеи Б. Мелкевика об этизации памяти, высказанные в рамках коммуникативного права, являются своевременными и позволяют объяснить особенности политик памяти, проводимых в цифровой среде. Однако переход от них к классическим типам правопонимания все еще остается делом будущего.

## Литература

1. *Зиновьев Н. С.* Культура отмены как аспект общественного дискурса. Студенческая наука: актуальные вопросы, достижения и инновации: сборник статей II Международной научно-практической конференции, Пенза, 10 июня 2021 г. Пенза: Наука и просвещение, 2021. С. 270–273.
2. *Мелкевик Б.* Заметки по истории правовых понятий. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2018. 255 с.
3. *Мелкевик Б.* Юрген Хабермас и коммуникативная теория права. СПб. 2018. 95 с.
4. *Платонова А. В.* На пути к концепции коллективной ответственности: проблемы и перспективы. Вестник Томского государственного педагогического университета, 2013. № 5 (133). С. 120–134.
5. *Прокофьев А. В.* О возможностях реабилитации идеи коллективной ответственности. Вопросы философии, 2004. № 7. С. 73–85.
6. *Савченко Д. А.* Коллективная ответственность в Древнерусском государстве (XI–XIII века). Теоретико-прикладные аспекты формирования института уголовного преследования юридических лиц: материалы Всероссийской научно-практической конференции, Новосибирск, 19 февраля 2015 г. Новосибирск: Сибирская академия государственной службы (СибАГС), 2015. С. 189–196.
7. *Тихонова С. В., Артамонов Д. С.* Историческая память в социальных медиа. СПб.: Алетейя, 2021. 264 с.
8. *Токарева С. Б.* Коллективная и личная ответственность в обществе. Власть, 2012. № 3. С. 44–48.
9. *Хесле В.* Философия и экология. М.: Наука, 1993. 205 с.
10. *Fletcher G. P.* Collective Guilt and Collective Punishment. Theoretical Inquiries in Law, 2004. № 5 (1). P. 163–178.
11. *Ng, E.* No Grand Pronouncements Here: Reflections on Cancel Culture and Digital Media Participation. Television & New Media, 2020. Vol. 21. № 6. P. 621–627.
12. *Whose Agenda is it Anyway: an Exploration of Cancel Culture and Political Affiliation in the United States / C. L. Cook [et al.] // SN Social Sciences, 2021. Vol. 1. № 9. P. 237.*

## References

1. *Zinovev, N. S.* Cancel Culture as an Aspect of Public Discourse [Kul'tura otmeny kak aspekt obshchestvennogo diskursa]. Student science: current issues, achievements and innovations: collection of articles of the II International Scientific and Practical Conference, Penza, June 10, 2021 [Studencheskaya nauka: aktual'nye voprosy, dostizheniya i innovacii: sbornik statej II Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii, Penza, 10 iyunya 2021 g.], Penza, Science and Education pbl., 2021. P. 270–273. (In Rus.)
2. *Melkevik, B.* Notes on the History of Legal Concepts [Zametki po istorii pravovyh ponyatij]. St. Petersburg: Alef-Press Publishing House, 2018. 255 p. (In Rus.)
3. *Melkevik, B.* Jurgen Habermas and the Communicative Theory of Law [Urgen Habermas i kommunikativnaya teoriya prava]. St. Petersburg, 2018. 95 p. (In Rus.)
4. *Platonova, A. V.* On the Way to the Concept of Collective Responsibility: Problems and Prospects [Na puti k koncepcii kollektivnoj otvetstvennosti: problemy i perspektivy]. Bulletin of Tomsk State Pedagogical University [Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta], 2013. Vol. 5 (133). P. 120–134. (In Rus.)
5. *Prokofev, A. V.* On the Possibilities of Rehabilitation of the Idea of Collective Responsibility [O vozmozhnostyah rehabilitacii idei kollektivnoj otvetstvennosti]. Problems of Philosophy, 2004. Vol. 7. P. 73–85. (In Rus.)

6. Savchenko, D. A. Collective Responsibility in the Old Russian State (XI–XIII centuries) [Kollektivnaya otvetstvennost' v drevnerusskom gosudarstve (XI–XIII v.)]. Theoretical and applied aspects of the formation of the Institute of Criminal Prosecution of Legal Entities: materials of the All-Russian Scientific and Practical Conference, Novosibirsk, February 19, 2015. [Teoretiko-prikladnye aspekty formirovaniya instituta ugolovnogo presledovaniya yuridicheskikh lic: materialy Vserossijskoj nauchno-prakticheskoy konferencii, Novosibirsk, 19 fevralya 2015 goda.] Novosibirsk: Siberian Academy of Public Service pbl., 2015. P. 189–196. (In Rus.)
7. Tikhonova, S. V., Artamonov, D. S. Historical memory in social media [Istoricheskaya pamyat' v social'nyh media]. St. Petersburg, Aleteya pbl., 2021. 264 p. (In Rus.)
8. Tokareva, S. B. Collective and Personal Responsibility in Society [Kollektivnaya i lichnaya otvetstvennost' v obshchestve]. Power [Vlast'], 2012. Vol. 3. P. 44–48. (In Rus.)
9. Hesle, V. Philosophy and Ecology [Filosofiya i ekologiya]. Moscow, Nauka pbl., 1993. 205 p. (In Rus.)
10. Fletcher, G. P. Collective Guilt and Collective Punishment. Theoretical Inquiries in Law, 2004. № 5 (1). P. 163–178.
11. Ng, E. No Grand Pronouncements Here: Reflections on Cancel Culture and Digital Media Participation. Television & New Media, 2020. Vol. 21. № 6. P. 621–627.
12. Whose Agenda is it Anyway: an Exploration of Cancel Culture and Political Affiliation in the United States / C. L. Cook [et al.] // SN Social Sciences, 2021. Vol. 1. № 9. P. 237.

# Преторская формула как инструмент понятийного юридического мышления в римском частном праве предклассического и классического периодов

**Разуваев Николай Викторович**

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)  
доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права юридического факультета,  
e-mail: nrasuvaev@yandex.ru.

**Трегубов Михаил Владимирович**

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)  
заведующий кафедрой правоведения юридического факультета, кандидат юридических наук, e-mail: tregubov-mv@ranepa.ru.

## АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается преторская формула, являвшаяся средством фиксации искового требования в римском частном праве предклассической и классической эпох. Природа и сущность преторской формулы достаточно мало изучены в специальной юридической литературе. При этом большинство авторов ограничиваются общей характеристикой структуры преторских формул, указывая на то, что в формулярном процессе документальная формула имела то же значение, какое в легисакционном процессе имели законные иски, заявляемые в устной форме. По мнению авторов, исследование формулы должно опираться на общие закономерности эволюции римского частного права. В работе доказывается, что появление преторской формулы является показателем трансформации ассоциативно-образного правового мышления в мышление понятийное, а сама формула выступает важным инструментом понятийного мышления, используемым для конструирования субъективных прав, а также придания им формальной определенности и юридической силы.

*Ключевые слова:* понятийное правовое мышление, римское частное право, формулярный процесс, иски, эксцепция, юридический факт, субъективное право.

## Praetor Formula as an Instrument of Conceptual Legal Thinking in Roman Private Law of the Pre-Classical and Classical Periods

**Nikolay V. Razuvaev**

North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (St. Petersburg, Russian Federation)  
Doctor of Science (Jurisprudence), Head of the Department of Civil and Labor Law of the Law Faculty; e-mail: nrasuvaev@yandex.ru.

**Michail V. Tregubov**

North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (St. Petersburg, Russian Federation)  
Head of the Department of Law of the Law Faculty, PhD in Jurisprudence; e-mail: tregubov-mv@ranepa.ru.

## ABSTRACT

The article discusses the formula, which is a means of fixing the claim in Roman private law of the pre-classical and classical periods. The nature and essence of the formula are quite little studied in the special legal literature. At the same time, most authors are limited to the general characteristic of the structure of the formulas, indicating that in the formulary process the documentary formula had the same meaning that in the legis actio were legitimate claims declared orally. According to the authors, the study of the formula should be based on the general laws of the evolution of Roman private law. The work proves that the emergence of the formula is an indicator of the transformation of associative-shaped legal thinking into a conceptual thinking, and the formula itself is an important tool for conceptual thinking used to construct subjective rights, as well as giving them formal certainty and legal force.

*Keywords:* conceptual legal thinking, Roman private law, formulary process, claims, exception, legal fact, subjective right.

## Введение

В системе юридических наук римское частное право занимает особое место и обладает своеобразным дисциплинарным статусом, определяемым не столько чисто познавательными, сколько прикладными во многом задачами. При том что право античного Рима, на первый взгляд, всецело принадлежит истории и может рассматриваться по преимуществу в диахронной ретроспективе,

собственно исторические его аспекты считаются не имеющими высокой познавательной ценности и в силу этого не привлекают особого внимания историков, значительно уступая в указанном отношении правопорядкам Древнего Востока или Древней Греции.

Значительно больший интерес вызывает универсальная основа, обусловившая долговечность категориального аппарата, а также многих институтов римского частного права, равно как и их удивительную способность к интеграции в правовые системы современного мира<sup>1</sup>. Пользуясь известной параллелью с языкознанием, можно утверждать, что римское частное право так же связано с существующими правопорядками, как латынь связана с романскими языками, несмотря на значительные различия в фонетике, морфологии, синтаксическом строе, не говоря уже о лексическом составе соответствующих языков<sup>2</sup>.

На наш взгляд, это объясняется тем, что, подобно латыни, римское частное право, каким мы его знаем, представляет собой не столько реальный исторический феномен, сколько доктринальный конструкт, создававшийся на протяжении многих столетий усилиями поколений цивилистов, видевших в нем своего рода общую теорию гражданского права. В свое время на уникальный характер науки римского частного права обращал внимание Ф. К. Савиньи, по словам которого предметом романистики выступают «те институты права, которые имеют римское происхождение, однако с включением сюда их последующих изменений, даже если эти последующие изменения имеют происхождение, отличное от римского»<sup>3</sup>. И в настоящее время внутри предметных рамок науки римского частного права присутствует отчетливый «водораздел», пролегающий по рубежу архаической и предклассической эпох. Легко заметить, что право архаического Рима (VIII–IV вв. до н. э.) выступает предметом преимущественно историко-юридического исследования<sup>4</sup>, тогда как институты предклассического и в особенности классического римского права (IV в. до н. э. — III в. н. э.) уже давно и прочно входят в предмет цивилистической догматики<sup>5</sup>.

Иными словами, уже в предклассический период происходит перестройка структуры римского правопорядка, позволившая ученым в дальнейшем выделить особенности «системной» организации последнего, обособив их от чисто исторических тенденций, присущих предшествующему периоду. Нам представляется, что указанное обстоятельство не является побочным результатом действия частных факторов (таких, например, как практическое удобство технических приемов и способов правового регулирования, разработанных римскими юристами), но вытекает из общих закономерностей эволюции права и юридического мышления, особенно ярко проявивших себя в истории правопорядка Древнего Рима.

Цель настоящего исследования состоит в том, чтобы проиллюстрировать указанные закономерности на примере преторской формулы, являвшейся специфическим процессуальным средством, применявшимся в римском гражданском процессе предклассического и классического периодов. Несмотря на значение преторской формулы в качестве способа документальной фиксации исковых требований, ее юридическая природа, сущность и правовые последствия в специальной литературе не получили детального рассмотрения и, как следствие, остались не проясненными до конца.

Одной из немногих работ, специально посвященных рассмотрению указанных вопросов, является диссертация И. Я. Бахофена, исследовавшего преторские формулы в общем контексте эволюции исковых форм в процессуальном праве Древнего Рима<sup>6</sup>. Впоследствии ученые, отмечая

<sup>1</sup> См. подробнее: *Koschaker P.* Europa und das römische Recht. München, Berlin: C. H. Beck Verlag, 1953. S. 253; *Hamsa G.* Zur Frage des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht. Studi in onore di Arnaldo Biscardi. Vol. II. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino — La Goliardica, 1982. P. 1–23.

<sup>2</sup> См.: *Таривердиева М. А.* Историческая роль латинского языка в формировании романских языков и культур // Вестник Московского гуманитарного лингвистического университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2018. № 6 (11). С. 152–158.

<sup>3</sup> *Савиньи Ф. К.* Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. С. 274.

<sup>4</sup> Обзор историографии вопроса см., в частности: *Кофанов Л. Л.* Lex et ius: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н. э. М.: Статут, 2006. С. 13–37.

<sup>5</sup> Примечательно, однако, что постклассическое римское право и продолжающее во многом его традиции частное (гражданское) право Византийской империи вновь становятся предметом изучения не столько цивилистов, сколько историков права и «чистых» историков-медиевистов. См. подробнее: *Липшиц Е. Э.* Право и суд в Византии в IV–VIII вв. Л.: Наука, 1976; *Заливалова Л. Н.* К вопросу об изучении византийского права // Модернизация российского законодательства в условиях конституционной реформы. Сборник трудов XVII Всероссийских декабрьских юридических чтений в Костроме / отв. ред. Г. Г. Бриль, В. В. Груздев. Кострома: Изд. Костромского гос. ун-та, 2021. С. 302–306.

<sup>6</sup> См.: *Bachofen J. J.* De romanorum iudiciis civilibus de legis actionibus de formulis et de condictione: dissertatio historico-dogmatica. Göttingen: Dieterich, 1840.



бланкетность формул<sup>7</sup>, а также их закрепление в магистратских эдиктах, содержавших исчерпывающий перечень использованных исков, зачастую приходили к заключению о правотворческом значении последних. На этом основании в целом делался вывод о прецедентном характере римского частного права<sup>8</sup>, в сравнительно-историческом плане подкреплявшийся аналогией с процессуальным правом Древней Греции (прежде всего, правом Древних Афин), по всей вероятности, оказавшим влияние на генезис и организацию римского формулярного процесса<sup>9</sup>.

Безусловно, рассматривая генезис преторской формулы, нельзя сбрасывать со счетов роль внешних заимствований, особенно с учетом позиции В. Аранжо-Руиса, полагавшего, что сами формулы, начиная с 242 г. до н. э., то есть еще задолго до принятия *lex Aebutia*<sup>10</sup>, узаконившего формулярную процедуру, применялись в судебной практике перегринского претора, естественно руководствовавшегося при их создании иноземными образцами<sup>11</sup>. Вместе с тем нельзя не признать, что юридическое значение преторской формулы, не имеющей прямых аналогов не только в античном, но и в современном процессуальном праве, едва ли можно раскрыть в полной мере, опираясь только на гипотетически реконструируемые средства процессуальной защиты, заимствованные римским правопорядком из афинского права. На наш взгляд, большую объяснительную силу имеют культурно-исторический контекст и общие закономерности правовой эволюции, обусловившие появление формулы как специфического средства документальной фиксации исковых требований, применявшегося в римском частном праве.

## Ассоциативно-образное и понятийное юридическое мышление в истории римского частного права

Юридический смысл и назначение преторских формул получают свое объяснение на основе тех стадийных особенностей, которые были присущи правопорядку Древнего Рима, подобно другим традиционным правопорядкам на всех этапах его развития. Речь идет о неразвитости нормативной составляющей правопорядка, основополагающими компонентами которого выступали субъективные права и обязанности участников, возникавшие в контексте конкретных фактических ситуаций и неотделимые от этих ситуаций. Именно поэтому правотворчество (в круг субъектов которого входили как частные, так и должностные лица) реализовывалось преимущественно посредством создания субъективных прав и обязанностей, отвечающих появлению новых юридически релевантных ситуаций.

Разумеется, признание юридической значимости за подобными фактическими ситуациями осуществлялось прежде всего в процессуальном порядке, в силу чего иск как процессуальная форма фиксации субъективных прав зачастую предшествовал их материально-правовой форме. Вот почему вполне обоснованным представляется мнение С. Ю. Седакова, по словам которого: «Римское право классического периода следовало принципу, согласно которому юридическое правомочие лица основывалось прежде всего на защищенности принадлежащего лицу права... То есть правомочие лица было основано не на общей норме, непосредственно связанной с возможностью судебной защиты этого правомочия, а наоборот»<sup>12</sup>. Таким образом, в отличие от современных правопорядков, структура которых имеет вертикальный характер, включающий в себя иерархически соподчиненные уровни юридических норм, субъективных прав и обязанностей, а также юридических фактов<sup>13</sup>, правопорядок античного Рима обладал горизонтальной структурой,

<sup>7</sup> См.: Сальковский К. Институции. Основы системы и истории римского частного права. Киев: Тип. «Петр Барский», 1910. С. 547.

<sup>8</sup> См., в частности: Хвостов В. М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. С. 51; Седаков С. Ю. Роль квиригского претора в создании норм римского частного права предклассического периода // Древнее право, 1996. № 1. С. 124; Марченко М. Н. Источники права. М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2006. С. 635 и след.

<sup>9</sup> См.: Wolff H. J. The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks. *Traditio: Studies in Ancient and Medieval History, Thought, and Religion*. 1946. Vol. 4. P. 63; Курбатов А. А. Судопроизводство в архаических Афинах // Государство и право, 1993. № 6. С. 127.

<sup>10</sup> См.: Biscardi A. Sulla data della *lex Aquilia*. *Scritti in memoria di Antonio Giuffre*. Milano: Ed. Giuffre, 1967. Vol. 1. P. 84 ff.; Birks P. From *Legis Actio* to *Formula*. *The Irish Jurist*. New series. 1969. Vol. 4. № 2. P. 357; Watson A. *Roman Law Around 200 BC*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1971. P. 161.

<sup>11</sup> См.: Arangio-Ruiz V. *Instituzioni di diritto romano*. 14 ed. Napoli: E. Jovene, 1984. P. 121.

<sup>12</sup> Седаков С. Ю. Указ. соч. С. 124.

<sup>13</sup> Руководствуясь указанным представлением, многие теоретики, причем не только российские, но и зарубежные, склонны видеть в правопорядке иерархическую систему норм различной степени общности. Как известно, Г. Кельзен определял правопорядок как ступенчатую нормативную структуру, логически выводимую

основными элементами которой являлись субъективные права, обязанности и юридические факты.

В общесоциальном плане фундаментом правопорядков и истоком всякого права (как объективного, так и субъективного) выступают культура и правовое мышление, эволюция которых оказывает определяющее влияние как на сами элементы, образующие структуру правопорядка, так и на их соотношение, в том числе в диахронной ретроспективе. В этом смысле представляется глубоко оправданным вести речь о сущностном тождестве права вообще и римского права в частности с иными культурными регуляторами, прежде всего с языком, который, подобно праву, является знаковой системой, конструирующей многообразные феномены социальной реальности (факты), вовлекаемые в процессы коммуникативного взаимодействия индивидов посредством языка и при его непосредственном участии<sup>14</sup>.

Даже самое поверхностное описание языковых структур позволяет сделать вывод об их закономерном сходстве со структурой права, которая также образуется знаками и совокупностями знаков различной степени общности. И если языковыми знаками являются морфемы, слова, словосочетания и предложения<sup>15</sup>, то семиотическими элементами права выступают субъективные права и обязанности, юридические нормы, а также правовые институты, образующие в своей совокупности структуру права, каждый уровень которой можно соотносить с единицами естественного языка. При этом следует учитывать структурно-функциональную специфику знаковых форм, включая право, не сводя их многообразию к одному только языку (или к языкам различного рода), как это делали мыслители Возрождения, полагавшие, что реальность состоит из вещей, подобно тому как язык состоит из слов<sup>16</sup>.

Вместе с тем сущностное тождество права и языка не ограничивается структурными и функциональными совпадениями, имеющими место на уровне означающего соответствующих семиотических средств. Не менее важным материалом для выводов служат идеи, ценности, а также иные культурные категории и социально-психологические представления, которые составляют содержание (или план означаемого) юридических знаков, как в синхронном измерении, так и в диахронной ретроспективе. К числу основных категорий, оказывающих регулятивное воздействие на поведение участников правового общения, относятся свобода, справедливость, эквивалентность, разумность, добросовестность и т. п. По аналогии с внутренней формой языка и слова, определение которой было дано в работах В. фон Гумбольдта, А. А. Потебни и ряда других авторов<sup>17</sup>, совокупность указанных идей можно рассматривать в качестве *внутренней формы права*, выступающей тем контекстом, в рамках которого осуществляются любые исторические трансформации правопорядка.

Именно на уровне внутренней формы со всей наглядностью раскрывается историческая динамика правового мышления, которая определяет стадийные и стилевые характеристики правопорядков<sup>18</sup>, в том числе их элементный состав и структурную организацию. Возвращаясь к

---

из гипотетически конституируемой основной нормы (см.: Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Издат. дом «Алеф-пресс», 2015. С. 163 и след), а по мнению Г. Харта, во многих иных отношениях полемизирующего с Кельзеном, право является «единством первичных и вторичных правил» (Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. С. 84 и след.). Обращение к правопорядкам прошлого, в том числе к римскому частному праву, дает возможность убедиться в сомнительности и антиисторизме этой, на первый взгляд, неопровержимой, теории.

<sup>14</sup> См.: Сепир Э. Язык. Введение в изучение речи // Сепир Э. Избранные труды по языкознанию и культурологии. М.: Издат. группа «Прогресс», 2001. С. 192–194.

<sup>15</sup> О семиотической природе языка см. подробнее: Соссюр Ф. де. Курс общей лингвистики. Екатеринбург: Изд-во Уральск. ун-та, 1999. С. 68 и след.

<sup>16</sup> См.: Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб.: Изд-во А-сad, 1994. С. 71 и след.

<sup>17</sup> См.: Гумбольдт В. фон. О различии строения человеческих языков и его влиянии на духовное развитие человечества // Гумбольдт В. фон. Избранные труды по языкознанию. М.: Наука, 1984. С. 212–214; Потебня А. А. Мысль и язык // А. А. Потебня. Слово и миф. М.: Правда, 1989. С. 131 и др.

<sup>18</sup> О понятии правового стиля применительно к основным правовым системам современности см. подробнее: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М.: Междунар. отношения, 1998. С. 108 и след. Представляется, однако, что авторы явно преувеличивают качественное своеобразие синхронно сосуществующих правовых систем. Так, не вызывают сомнения стилевые отличия романо-германского и англо-американского права, вместе с тем эти отличия не настолько значительны, чтобы служить непреодолимым препятствием для успешной рецепции институтов общего права в континентальные правовые системы и даже для конвергенции этих правовых семей, происходящей в настоящее время. На наш взгляд, гораздо большего внимания заслуживает историко-стилистическое описание правопорядков прошлого, в том числе римского частного права, проливающее свет на общие закономерности их эволюции.

римскому частному праву, следует отметить, что его история служит яркой иллюстрацией общекультурного процесса перехода от ассоциативно-образного к понятийному мышлению, имевшего место во всех сферах духовной жизни античности, в том числе в юридической сфере.

Рассматривая данный процесс, О. М. Фрейденберг писала: «Получая становление непосредственно из чувственного (даже, больше того, зрительного) образа, античное понятие представляло собой тот же конкретный образ, но в новой сущности — в отвлеченной... Античные понятия складывались в виде метафор — как переносные, отвлеченные смыслы смыслов конкретных. Но метафора не была готовой величиной и не создавалась сразу. Она имела свой исторический путь и тот процесс становления, начало которого протекало как раз в античности»<sup>19</sup>.

Ассоциативно-образное правовое мышление имело своим непосредственным истоком менталитет первобытного человека, которому, согласно мнению, высказанному еще Л. Леви-Брюлем, было не свойственно оперировать сложными логическими категориями<sup>20</sup>. Данный способ мышления, в том числе мышления правового, имел сугубо предметный характер и был непосредственно ориентирован на объекты окружающего мира, познаваемые посредством чувственных восприятий, а не на отвлеченные понятия или общие правила.

Вот почему работа ассоциативно-образного мышления была направлена преимущественно на семантизацию явлений действительности, конструируемых в виде мифологических, а также иных образов. Последние воплощали в своей полноте и конкретности культурно значимые символы, набор которых оказывал непосредственное суггестивное воздействие на поведение носителей соответствующего типа культуры<sup>21</sup>. При этом сами культурные символы представляли собой органическое единство различных по своей природе психологических элементов, а именно познавательно-рефлективных, чувственно-эмоциональных и волевых.

Благодаря отмеченным свойствам знаковые образы, во-первых, настолько тесно связывали лингвистическую и экстралингвистическую (звуковую, мимическую, жестикуляционную) форму с культурным содержанием, что разделение их оказывалось в полной мере невозможным даже на самом высоком уровне абстрагирования от непосредственного предмета анализа. Во-вторых, соединение отдельных знаковых образов в синтагматические ряды подчиняется не столько формально-логическим законам, сколько психологическим механизмам аналогии и ассоциации, придававших дискурсивному акту черты театральности-поэтического действия, а в предельном выражении — глоссолалии<sup>22</sup>. Наконец, в-третьих, категоризация таких образов, взятых во всей полноте их конкретного содержания, поначалу была невозможной, что на определенном этапе культурного развития являлось серьезным препятствием для складывания на их основе общих логических понятий.

Представляется, что ассоциативно-образное мышление выступало фундаментом архаического римского права VIII–IV вв. до н. э., наглядными свидетельствами чему служат любые процедуры, применявшиеся в архаическом праве, например стипуляция и иные вербальные сделки, заемные обязательства пехит и т. п.<sup>23</sup> Юридическая сила подобных процедур непосредственно зависела от неуклонного соблюдения сторонами требований ритуала, символически выражавшего мифологические концепты справедливости и упорядоченности социальной и природной реальности, а также придававшего упорядоченность самому поведению индивидов, которое эту реальность конструировало<sup>24</sup>. Произнося слова и совершая действия, предписанные ритуалом, участники создавали для себя субъективные права и обязанности, являвшиеся единственно возможной в этих условиях формой выражения взаимных правопритязаний субъектов. Именно такая культурно значимая установка лежала в основе легисакционного процесса архаической эпохи, в котором любое отступление от предусмотренной процедуры делало ничтожным искомое требование и, как известно, автоматически влекло за собой проигрыш дела (*Gai.*, 4.11)<sup>25</sup>.

Основной предпосылкой трансформации ассоциативно-образного правового мышления в мышление понятийное, начало которой может быть датировано серединой IV в. до н. э., выступает

<sup>19</sup> Фрейденберг О. М. Миф и литература древности. М.: Издат. фирма «Восточная литература» РАН, 1998. С. 234.

<sup>20</sup> См. подробнее: Леви-Брюль Л. Первобытный менталитет. СПб.: Европейский дом, 2002. С. 11 и след.

<sup>21</sup> См.: Лотман Ю. М. Проблема знака и знаковой системы и типология русской культуры XI–XIX веков // Ю. М. Лотман. Семьосфера. СПб.: Искусство-СПБ, 2000. С. 402.

<sup>22</sup> См. подробнее: Марр Н. Я. Язык // Марр Н. Я. Основные вопросы языкознания. Л.: Соцэкгиз, 1936. С. 129–130.

<sup>23</sup> См. об этом, в частности: Кофанов Л. Л. Указ. соч. С. 392.

<sup>24</sup> См.: Емельянов В. В. Ритуал в Древней Месопотамии. СПб.: Азбука-Классика; Петербургское востоковедение, 2003. С. 27.

<sup>25</sup> См.: Салогобова Е. В. Римский гражданский процесс. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С. 37–38.

категоризация мифологических образов, прежде всего образа справедливости, лежащего в основе процедур ритуального права и правосудия<sup>26</sup>. Зарождение понятийного мышления не только придало импульс к перестройке процессов конструирования реальности на принципиально новых — рациональных — основаниях, но и на первых порах повлекло за собой в качестве побочного результата утрату формальной определенности правового поведения, спровоцировав известный кризис правопорядка на рубеже архаического и предклассического периодов истории римского частного права.

Одним из проявлений такого кризиса стало пресловутое «самоуправство» во взаимоотношениях между субъектами правопорядка, в котором некоторые юристы усматривали универсальную стадию правовой эволюции, но которое на деле представляло собой лишь частный момент, сопутствующий переходу на новую ступень развития<sup>27</sup>. Иными словами, трансформация ассоциативно-образного мышления в мышление понятийное повлекла за собой десемантизацию правовых процедур, основанных на мифологической образности, и утрату ритуалом, в частности судебным, способности регулировать поведение субъектов правового общения.

В подобных условиях возникает объективная потребность в закреплении субъективных прав и обязанностей, по-прежнему составлявших основу структуры правопорядка. Незрелость нормативного начала принуждала правопорядок к поискам иных способов такого закрепления, причем судебные процедуры здесь играли одну из ведущих ролей. Именно указанными обстоятельствами объясняется появление формулярного процесса, в котором исковые требования получили формальное выражение не в виде ритуальных действий, а в специальных предписаниях претора или иного магистрата. Учитывая вышеизложенное, мы можем видеть в преторской формуле особое юридико-техническое средство, применяемое понятийным правовым мышлением на соответствующем этапе правовой эволюции для придания формальной определенности юридически значимого поведения индивидов.

## Черты понятийного юридического мышления в структуре преторской формулы

Несмотря на кажущееся структурное сходство с нормами права, в частности наличие трех элементов (пресловутое «если — то — иначе»), было бы ошибкой видеть в формуле установленную преторским эдиктом правовую норму или даже ее прообраз. В самом деле, норма представляет собой общее, то есть распространяющееся на неограниченное множество типически сходных ситуаций и на неопределенный круг лиц, правило поведения, установленное в законе либо ином официальном источнике<sup>28</sup>, тогда как формула, несмотря на ее закрепление преторским эдиктом, имела сугубо индивидуальный характер, то есть была неотделима от конкретной юридической ситуации (*казуса*) и ее участников.

Анализ основных элементов структуры преторской формулы позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, формула, не будучи нормой в современном смысле, имела правовые последствия в плане установления, изменения и прекращения субъективных прав и обязанностей, причем как в материальном, так и в процессуальном планах. Во-вторых, содержательно формула представляла собой совокупность рефлексивных правовых и лингвистических приемов, то есть являлась инструментом понятийного правового мышления, предоставлявшего в распоряжение претора и следовавшего его предписанию судье как языковые средства составления формул, так и дополнительные формально-логические приемы их структурной организации.

Как известно, преторская формула включала в себя ряд элементов, одни из которых являлись основными, то есть отражали субстанциональные характеристики, присущие любому исковому требованию, другие же носили вспомогательный характер и были обусловлены конкретными обстоятельствами искового требования. Тексту формулы предшествовала *номинация*, назначение присяжного судьи, которому предстояло рассмотреть дело и вынести решение, исходя из тех

<sup>26</sup> См. об этом подробнее: Луковская Д. И., Разуваев Н. В. Учение досократиков о справедливости и законе // Вестник СПбГУ. Сер. 14. Право, 2015. Вып. 3. С. 37 и след.

<sup>27</sup> См., например: Йеринг Р. фон. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб.: тип. В. Безобразова и Ко., 1875. Ч. 1. С. 92; Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М.: Проспект, 2015. С. 33.

<sup>28</sup> При этом, разумеется, необходимо учитывать неоднозначность интерпретации категории «источник права», равно как и ее полисемию, проявляющуюся в том числе в культурно-историческом плане. См. подробнее: Спириин М. Ю. О современных проблемах определения категории «источник права» // Вестник общей и отраслевой теории права, 2022. № 1 (3). С. 28.

фактических обстоятельств и правовых оснований, которые содержались в формуле. К числу основных элементов формулы (*partes formulae*) относились интенция, демонстрация, кондеминация и адьюдикация (Gai., 4.39).

При этом важно отметить, что структура формулы никогда не включала в себя все четыре элемента одновременно, а была, как правило, трехчастной<sup>29</sup>. Одни формулы состояли из интенции, демонстрации и кондеминации, а другие, выдававшиеся в исках о разделе общего имущества или разделе границ, соответственно, включали в себя интенцию, демонстрацию и адьюдикацию. В специальной литературе отсутствует единство мнений относительно последовательности частей преторской формулы. Так, одни авторы при реконструкции ее типового текста помещают демонстрацию перед интенцией, тогда как другие полагают, что интенция предшествовала демонстрации. Учитывая синтаксические особенности соответствующих элементов, в частности то обстоятельство, что интенция включала конъюнктивное наклонение глагола несовершенного вида *si paret* — «если выяснится» или «если будет доказано», а демонстрация вводилась союзом *quod* — «то», «поскольку», последнее мнение представляется предпочтительным.

Таким образом, *интенция* (*intentio*) содержала в себе указание на субъективное право истца и излагала фактические обстоятельства, на которых это право основывалось, например: «Если выяснится, что Нумерий Негидий должен вернуть Авлу Агерию десять тысяч сестерциев» или «Если выяснится, что раб Стих принадлежит Нумерию Негидию по праву квиритов» и т. п.<sup>30</sup> Причем если притязание истца, изложенное в формуле, опиралось на субъективное право, признанное законом, формула называлась *in ius concepta*; если же иск имел фактическое обоснование, то формула была составлена *in factum concepta*.

В качестве примеров исков первого вида Гай называет иски об истребовании имущества из чужого незаконного владения, иски об исполнении по обязательству или о компенсации вреда. Примерами исков второго вида являлись, по словам Гая, любые формулы, которые «основаны на фактических отношениях, например формула против того, кто, будучи призван в суд, ни сам не явился, ни представил поручителя; равным образом формула против того, кто насильно устранил лицо, призванное в суд»<sup>31</sup>. Вместе с тем формулы по некоторым искам, как, например, по искам из договоров хранения или ссуды, могли составляться как *in ius*, так и *in factum*. Примечательно, что в первом случае роль правового основания искового требования играл принцип доброй совести (*bona fides*), на основании которого претор предписывал компенсировать ущерб, причиненный истцу<sup>32</sup>.

*Демонстрацией* (*demonstratio*) называлась часть формулы, содержащая в себе указание на предмет иска. Поскольку в Институциях Гая, где содержится исчерпывающее описание структуры преторских формул и ее видов и которые поэтому являются нашим основным источником, говорится о «вещи, по поводу которой идет спор (*res de qua agitur*)», может возникнуть представление, что данный элемент присутствовал лишь в вещных исках, подобных, например, искам об истребовании из чужого незаконного владения. Рискнем предположить, однако, что подобное представление является ошибочным. Дело в том, что для римского правового мышления, характеризовавшегося сугубой предметностью и не проводившего четкого различия между вещами и иными объектами прав, охватывавшимися общим понятием «бестелесных вещей» (*res incorporales*) в противоположность вещам телесным, действия должника в обязательстве, которые имел право требовать кредитор (D.50.16.23), также рассматривались в качестве вещей особого рода.

Вот почему *demonstratio* включалась в формулы, составлявшиеся как по вещным, так и по иным требованиям. Не случайно Гай приводит в качестве иллюстрации два вида демонстраций: «так как Авл Агерий продал Нумерию Негидию раба» и «по поводу того, что Авл Агерий оставил

<sup>29</sup> Вместе с тем в ряде случаев допускалась и возможность отступления от такой трехчастной структуры формулы. Так, по словам Гая (Gai., 4.44), в преюдициальных исках формула состояла только из одного элемента, а именно из интенции, что, видимо, было обусловлено спецификой споров, рассматриваемых в порядке *praedictum* (Iul. Vict. *Ars Rhet.* VI. 8; Quint. V.2. 1–5).

<sup>30</sup> Gai., 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, uelut haec pars formulae: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QUIDQVID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.*

<sup>31</sup> Gai., 4.46: *...In factum conceptae sunt, uelut aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit; item contra eum, qui ui exemerit eum, qui in ius uocaretur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*

<sup>32</sup> Подробнее см.: Дождев Д. В. Добрая совесть (*bona fides*) как принцип правового общения // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М.: ИГП РАН, 1996. С. 30–31.



на сохранение у Нумерия Негидия раба»<sup>33</sup>. Можно отметить, что предметом спора в первом случае выступает раб, проданный истцом ответчику на праве квиритов, тогда как во втором случае — действия ответчика по надлежащему исполнению обязательства из договора хранения (*depositum*) раба. Смысловое различие грамматических форм рассматриваемых элементов преторской формулы получает свое объяснение в категориях структурного синтаксиса<sup>34</sup>.

А именно, несмотря на то, что в обоих случаях перед нами трехактантная синтаксическая структура, в первом случае логическое и смысловое ударение ставится на глагол *vendere* «продавать», связывающий субъектов, Авла Агерия и Нумерия Негидия, по поводу объекта (*homo*), принадлежащего одному из тяжущихся на квиритском праве. Тем самым подчеркивается трехвалентность соответствующего глагола, призванная отразить в структуре грамматической конструкции вещно-правовой характер юридической ситуации. Во втором же случае глагол *deponere* «хранить» является двухвалентным: он связывает непосредственно двух субъектов действия, выражаемого глаголом, тогда как третий актант опосредствуется вспомогательными структурными компонентами предложения (*сирконстантами*), естественным образом примыкая именно к ним. Очевидно, что референтом синтаксической конструкции выступает уже не сама вещь как таковая, а действие по поводу вещи, и налицо, следовательно, обязательно-правовая ситуация, являющаяся предметом спора.

Наконец, *кондемпнацией* (*condemnatio*) называется часть формулы, в которой судье предписывалось присудить ответчика к уплате денежной суммы или оправдать его. Гай отмечает принципиальное отличие формулярного процесса от исторически предшествовавшего ему *legis actio sacramento in rem*, предполагававшего истребование спорной вещи в натуре, а не в денежной форме. По его словам, «если мы отыскиваем в суде какую-либо вещь, например землю, раба, одежду, золото, серебро, судья присуждает ответчика не к выдаче самой вещи, как это было прежде, но, сделав оценку спорной вещи, присуждает его к денежной уплате»<sup>35</sup>.

Представляется, что переход к исключительно денежной форме присуждения был обусловлен не столько утверждением принципов свободы и формального равенства сторон в формулярном процессе, как полагает Д. В. Дождев<sup>36</sup>, сколько общими культурно-историческими изменениями, глубоко затронувшими правосознание и правовое мышление участников юридической коммуникации в эпоху, когда получил свое развитие данный процесс. Речь идет о рассмотренной ранее трансформации ассоциативно-образного мышления, с его сугубой предметностью символических форм, в мышление понятийное, позволившее усматривать в этих формах абстрактное содержание, которым в данном случае выступала денежная оценка как универсальный эквивалент стоимости любых конкретных вещей. Соответственно, именно этот тектонический сдвиг в ментальной сфере сделал возможным также и обоюдное признание формально равных сторон в процессе в качестве обладателей свободной воли, а также личной и имущественной автономии.

Функционально кондемпнация могла быть направлена на защиту имущественных интересов истца, во-первых, и на применение штрафной санкции к ответчику, во-вторых. Причем в тех вещно-правовых исках, подобных *actio rei vindicatio* или *actio Publiciana*, цель которых состояла в восстановлении или обеспечении фактического обладания имуществом, присуждение ответчика к уплате денежной суммы, по свидетельствам источников, не исключало возврата спорного имущества в натуре, но являлось альтернативой последнему, когда оно по каким-либо причинам оказывается невозможным<sup>37</sup>.

Так, согласно Ульпиану: «Если кто-либо не повинуется приказу судьи о выдаче вещи и утверждает, что он не может выдать вещь, хотя в действительности он имеет вещь, то у этого лица отбирается владение по приказу судьи военной силой и по судебному решению он присуждается только к возмещению плодов и всего, относящегося к вещи. Если же он действительно не может выдать вещь и если он не может сделать это по своему злему умыслу, то он присуждается к уплате без ограничений той стоимости, которая заявлена противником на суде, без производства какой-либо оценки. Если же он действительно не может выдать вещь и эта невозможность не возникла вследствие его

<sup>33</sup> Gai., 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur, velut haec pars formulae: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, item haec: QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.*

<sup>34</sup> См.: Теньер Л. Основы структурного синтаксиса. М.: Прогресс, 1988. С. 121 и след.

<sup>35</sup> Gai., 4.48: *...Si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*

<sup>36</sup> См.: Дождев Д. В. Римское частное право. Изд. 3-е, испр. и доп. М.: НОРМА : Инфра-М, 2013. С. 212.

<sup>37</sup> См., например: Вальдекасас Г. Г. Публициев иск в нашем действующем правопорядке // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2018. № 3. С. 204, прим.

умысла, то он присуждается к уплате суммы не свыше стоимости вещи, то есть не свыше убытков противника. Это мнение имеет общее значение и применяется ко всем interdiktam или к вещным либо личным искам, по которым производится возвращение чего-либо по решению судьи»<sup>38</sup>.

Одно из характерных отличий формулярного процесса от исторически предшествовавшего ему легисакционного процесса состояло в предоставлении судье возможности самостоятельно установить размер присуждения ответчика. В соответствии с этим различались *определённая кондемпнация* (*condemnatio certa*), предписывавшая, например, присудить ответчика к уплате истцу десяти тысяч сестерциев, и *неопределённая кондемпнация* (*condemnatio incerta*), которая, в свою очередь, могла быть *ограниченной* или *неограниченной* (*Gai.*, 4.49–51). В неопределённой ограниченной кондемпнации судье предписывалось присудить ответчика к уплате денежной суммы не свыше установленного размера (*praefinitio* или *taxatio*), например: «*iudex, N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dumtaxat sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve*».

Неопределённая и неограниченная кондемпнация предписывала обязать ответчика уплатить стоимость предмета без установления ее верхнего предела, например: «*Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> eidem condemna. Si non paret, absolve*». Как уже отмечалось, в тех случаях, когда предметом спора выступало имущество, подлежащее разделу, предписание судье формулировалось следующим образом: «Сколько следует присудить, столько ты, судья, присуди тому, кому должно». В Институциях Гая и в трудах последующих юристов данная часть преторской формулы именуется *присуждением* (*adiudicatio*) и рассматривается в качестве элемента, альтернативной кондемпнации<sup>39</sup>.

Вместе с тем нельзя не заметить, что в плане своего содержания адьюдикация не столько выступала самостоятельным элементом структуры, выполняющим, подобно интенции, демонстрации или кондемпнации, особую функцию, сколько являлась разновидностью *condemnatio incerta*, если понимать под кондемпнацией не обычную санкцию, как это подчас делается<sup>40</sup>, но адресованное судье предписание вынести решение по делу, руководствуясь правовыми основаниями и фактическими обстоятельствами, изложенными в иске, а также принципами доброго и справедливого, имевшими общерегулятивное значение<sup>41</sup>.

## Вспомогательные части формулы как технические средства защиты субъективных гражданских прав

Особенности понятийного правового мышления со всей наглядностью проявили себя в содержании вспомогательных частей преторской формулы, к числу которых относились фикция, исковое предписание (*прескрипция*) и исковое возражение (*эксцепция*). Естественно, будучи факкультативными, указанные элементы включались не во всякую формулу, а лишь постольку, поскольку справедливость судебного решения зависела от учета некоторых существенных фактических обстоятельств, которые не могли быть отражены в основной части формулы<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Ulp. 51 ad. ed., D. 6.1.68: Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnique causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicia, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.

<sup>39</sup> Gai., 4.42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae eriscundae agatur aut inter socios communi diuidendo aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, TITIO ADIUDICATO.*

<sup>40</sup> См., например: *Тумов В. В.* Экстраординарная юрисдикция в Древнем Риме эпохи республики и периода принципата: историко-юридическое исследование. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов: Саратовск. юрид. ин-т МВД, 2007. С. 18.

<sup>41</sup> Об общерегулятивном значении принципов *aequitas* и *bona fides* в римском частном праве, в том числе в гражданско-процессуальном праве, см. подробнее: *Хвостов В. М.* Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum ius* в римской классической юриспруденции. М.: Университет. тип., 1895; *Савельев В. А.* Справедливость (*aequitas*) и добросовестность (*bona fides*) в римском праве классического периода // Государство и право, 2014. № 3. С. 63–72; *Beck A.* Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht. *Aequitas und Bona Fides. Festgabe für August Simonius.* Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955. S. 9–27 и др.

<sup>42</sup> Подробнее см.: *Зом Р.* Институции: История и система римского гражданского права. Ч. 2. Система. Вып. I. Общая часть и вещное право. Сергиев Посад: Тип. И. И. Иванова, 1916. С. 191; *Муромцев С. А.* О консерватизме римской юриспруденции: опыт по истории римского права // Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М.: Центр ЮрИнфоР, 2004. С. 66, 178; *Громов С. А.* Материально-правовые

Так, *фикция* (fictio) включалась в начало формулы и представляла собой адресованное судье предписание рассматривать спор так, как если бы известные имеющие место факты отсутствовали (отрицательная фикция) или, напротив, не существующие факты существовали (положительная фикция). Примером иска с отрицательной фикцией является оговорка о том, чтобы считать лицо, подвергшееся *capitus deminutio*, не претерпевшим таковое (Gai., 4.38), наиболее же известную положительную фикцию содержал в себе Публицианов иск, предоставлявшийся бонитарному собственнику на основании того, что не истекший срок приобретательной давности на квинтитскую собственность уже истек<sup>43</sup>. Важно отметить, что фикция служила не просто техническим средством преторской юрисдикции по конкретным гражданским делам, но имела гораздо более важное правотворческое значение. Подобно судебным решениям в правопорядках, основанных на прецедентном праве<sup>44</sup>, преторские фикции использовались для создания новых моделей регулирования, целью которых являлось применение к конкретным фактическим ситуациям общих принципов *ius honorarium*, прежде всего таких, как *equitas* и *bona fides*.

*Прескрипцией* (praescriptio) называлось включаемое в формулу условие, влиявшее на вынесение решения по делу либо в пользу истца (praescriptio pro auctore), либо в пользу ответчика (praescriptio pro reo)<sup>45</sup>. В отличие от прескрипций *эксцепция* (exceptio), развившаяся на основе praescriptiones pro reo приблизительно в I в. н. э., всегда выдавалась в пользу ответчика и имела различное содержание, а также юридические последствия. Ответчик мог ссылаться на фактические обстоятельства, например на наличие в действиях истца злого умысла (так называемое *exceptio dolii*, или возражение по поводу умысла), на отсутствие у него права предъявления иска, на наличие собственного специального права и т. п.

По своим последствиям *эксцепция* могла либо сделать невозможным удовлетворение искового требования, либо отложить его на определенное время. Соответственно сказанному различались и виды *эксцепций*, а именно: в зависимости от правового основания они подразделялись на *материальные* и *процессуальные*, по продолжительности действия — на *постоянные* (exceptiois perpetuae) и *временные* (exceptiois dilatoriae), по правовым последствиям — на *отлагательные* и *пресекательные*, по сфере применения — на *вещные* (exceptiois rei cohaeret) и *личные* (exceptiois persona cohaeret)<sup>46</sup>. Характерно, что значение *эксцепции* как процессуального средства имеет универсальный характер, далеко выходящий за пределы римского частного права. Об этом свидетельствует то обстоятельство, что примеры *эксцепций* встречаются в действующем гражданском законодательстве<sup>47</sup>.

Так, в соответствии со ст. 199 ГК РФ требования о защите нарушенного права принимаются к рассмотрению судом, независимо от истечения исковой давности<sup>48</sup>, то есть в материально-правовом плане являются бессрочными. Тем не менее истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске<sup>49</sup>. Иными словами, заявление стороны о давности искового требования представляет

возражения должника против требований кредитора // Практика применения общих положений об обязательствах / отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 136.

<sup>43</sup> См.: Савельев В. А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права, 2008. № 12 (144). С. 114–115; Тумов В. В., Малиновская Н. В. Фикции как фактор становления иудейского и римского права // Вестник Воронежского государственного университета. Сер.: Право. 2008. № 1 (4). С. 46 и след.; Маркин А. В. Фикции в римском праве: логическая природа и правовая целесообразность // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер.: Юридические науки. 2011. № 2 (16). С. 243–244.

<sup>44</sup> См. подробнее: Трикоз Е. Н., Швец А. А. Роль фикций и презумпций как юридико-технических средств развития системы «общего права» (на материалах средневековой Англии) // Общество и право, 2021. № 1 (75). С. 124–129.

<sup>45</sup> См.: Kranjc J. Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem. Zeitschrift für Savigny-Stiftung für rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1989. Bd. 106. S. 434–436.

<sup>46</sup> См.: Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2015. С. 143.

<sup>47</sup> См., например: Дерхо Д. С. К вопросу о развитии института исковой давности и его современном состоянии // Судья, 2016. № 3. С. 34–37.

<sup>48</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. В ред. Федерального закона № 20-ФЗ от 25.02.2022 г. // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2022. № 9. Ч. 1. Ст. 1252.

<sup>49</sup> Согласно п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 г. № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 43; 2021. № 18), право на подачу заявления об исковой давности принадлежит ответчику в гражданском процессе, причем в случае солидарности ответственности заявление, сделанное одним из ответчиков, не распространяется на других ответчиков. По общему правилу, заявление, сделанное третьим лицом, не является основанием для применения исковой давности, кроме случаев, когда при удовлетворении иска к ответчику возможно предъявление последним регрессного требования к третьим лицам.

собой наглядный пример блокирующей (пресекающей) эксцепции, после применения которой само право погашается и в материальном плане, поскольку закон не допускает односторонних действий (таких как зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т. п.), направленных на осуществление права, срок исковой давности по которому истек<sup>50</sup>.

Вместе с тем трудно не заметить, что возражение на исковое заявление в современном гражданском процессе по своей сути отличается от эксцепции в римском праве, чем, вполне возможно, объясняется откровенное нежелание многих процессуалистов использовать сам указанный термин, применительно к исковым возражениям ответчика. Дело в том, что в действующем законодательстве, а также в доктрине возражения нередко рассматриваются просто как фактические обстоятельства, на которые ссылается ответчик при подготовке дела к рассмотрению с целью обеспечить беспрепятственную реализацию судебной процедуры<sup>51</sup>. Так, в п. 2 ст. 149 ГПК РФ к числу действий, совершаемых ответчиком либо его представителем при подготовке дела к судебному разбирательству, отнесена в числе прочего передача истцу (его представителю), а также судье доказательств, обосновывающих возражения относительно иска<sup>52</sup>.

Обращает на себя внимание, что подобные действия совершаются ответчиком непосредственно на основании предписания закона, а не принадлежащего ему субъективного права или юридической обязанности. Совершенно иным образом обстояло дело в римском процессе, где эксцепция представляла собой особое право ответчика, тождественное праву противоположной стороны на предъявление иска. Не случайно, по словам Ульпиана: «Предъявляющим иск считается также и тот, кто использует эксцепцию: ведь при выдвижении эксцепции ответчик является истцом»<sup>53</sup>. Именно указанными положениями руководствовались германские цивилисты XIX–XX вв., определяя как римскую *exceptio*, так и восходящие к ней материальные (*Einrede*) и процессуальные (*Einwendung*) возражения в германском праве<sup>54</sup>. Следует отметить, что подобные взгляды на исковые возражения высказывались также и в отечественной юридической литературе<sup>55</sup>, тем не менее широкого признания они не получили<sup>56</sup>.

Рассмотренный материал, как представляется, проливает свет на качественные трансформации самой сущности правового регулирования по мере развития нормативной составляющей правопорядков, происходящего под определяющим влиянием понятийного юридического мышления и соответствующего типа правовой культуры. Сравнение римской эксцепции с материальными и процессуальными возражениями в современном праве позволяет сделать вывод о том, что в римском частном праве, в силу характерной для него неразвитости нормативной составляющей, притязания (в частности, устраняющие или блокирующие требования истца) обладали значением не просто юридических фактов, но субъективных прав, являющихся основными средствами регулирования поведения участников отношений и конструирования правопорядка в целом.

Иными словами, в римском частном праве не существовало четкой грани, отделяющей факт как таковой от факта юридического, а субъективное право в качестве меры возможного поведения лица — от притязаний либо иных действий, основанных на фактических обстоятельствах. Это со

<sup>50</sup> См. подробнее: *Колемасова В. С.* Применение норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности // *Судья*, 2016. № 3. С. 20–25; *Щенникова Л. В.* О материально-правовом институте исковой (погасительной) давности и гражданско-процессуальном праве на иск // *Вестник гражданского процесса*, 2017. № 5. С. 12–28.

<sup>51</sup> См., в частности: *Добровольский А. А., Иванова С. А.* Основные проблемы исковой формы защиты права. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1979. С. 113; *Белов В. А.* Вексельные возражения // *Законодательство*, 2000. № 7. С. 10–12; *Рожкова М. А.* Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М.: Статут, 2009. С. 304; *Осокина Г. Л.* Гражданский процесс: Общая часть. М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. С. 606–607.

<sup>52</sup> Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. В ред. Федерального закона № 98-ФЗ от 16.04.2022 г. // *СЗ РФ*. 2002. № 46. Ст. 4532; 2022. № 16. Ст. 2600.

<sup>53</sup> *Ulp.*, 4 ad ed.: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

<sup>54</sup> См., например: *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1: Общая часть. М.: Унив. тип., 1906. С. 372–373; *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1: Введение и общая часть. Т. 2. М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1950. С. 393; *Зеккель Э.* Секундарные права в гражданском праве // *Вестник гражданского права*, 2007. № 2. С. 216 и др.

<sup>55</sup> См.: *Крашенинников Е. А.* Основные вопросы уступки требования // *Очерки по торговому праву: Сб. науч. тр. Вып. 6 / Под ред. Е. А. Крашенинникова.* Ярославль: Изд-во Ярославск. гос. ун-та им. П. Г. Демидова, 1999. С. 30; *Байгушева Ю. В.* Банковская гарантия: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2008. С. 20–21.

<sup>56</sup> См.: *Громов С. А.* Указ. соч. С. 149–151.



всей наглядностью может быть проиллюстрировано на примере *possessio*, правовая природа и сущность которого до сих пор вызывают активные дискуссии<sup>57</sup>.

В современном праве, имеющем развитую нормативную структуру, юридические факты по-прежнему играют ведущую роль, образуя субстанциональную основу правопорядка и являясь исходным элементом правового регулирования. Вместе с тем не всякое фактическое обстоятельство, хотя бы и предусмотренное гипотезой нормы, создает юридически релевантные последствия в виде субъективных прав и обязанностей. Как правило, в настоящее время придание тому или иному конкретному жизненному обстоятельству, событию либо действию значения юридического факта является результатом нормативной квалификации соответствующего обстоятельства<sup>58</sup>. Именно следуя данной логике, цивилисты отмечают, что «для вопроса о наступлении правовых последствий в виде возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей решающим является механизм гражданско-правового регулирования, основывающий свое действие на необходимой общности норм»<sup>59</sup>.

## Заключение

Подводя итог, мы можем сделать вывод о том, что в эволюционной ретроспективе преторская формула как инструментальное средство формального закрепления субъективных прав и оснований на этих последних исковых требований соответствовала одной из наиболее ранних стадий развития понятийного правового мышления, для которой была характерна его относительная неразвитость. Значение преторской формулы со всей наглядностью раскрывается в контексте исторической динамики типов правового мышления и культуры. Каждому из таких типов присущ собственный способ кодирования культурно значимой информации, каковой, безусловно, являются субъективные права и обязанности участников правового общения.

Представляется уместным, вслед за Ю. М. Лотманом, разработавшим и применившим соответствующую типологию на общекультурном материале, выделить следующие исторические типы правового мышления и культуры: 1) *семантический* (символический); 2) *синтактический*; 3) *асинтактический*, представляющий собой состояние, переходное от чисто семантического к чисто синтактическому способам правового мышления, и 4) *семантико-синтактический*<sup>60</sup>. Мы видели, что последовательную смену всех указанных типов можно проследить лишь в широкой диахронной ретроспективе. В римском частном праве, в силу целого ряда его культурно-исторических особенностей, получили развитие лишь три из четырех исторических типов, а именно семантический, закономерно связанный с ассоциативно-образным правовым мышлением, синтактический, возникающий в результате перехода от ассоциативно-образного к понятийному правовому мышлению, и переходный асемантический типы.

Отличительной чертой семантического способа кодирования правовой информации являлась неразделимость в рамках одной знаковой формы означаемого и означающего знаков и, как следствие, семантизация самих этих последних. Иными словами, ассоциативно-образное мышление не проводило четкой границы между миром фактов и миром знаков. Каждый факт мог выступать в качестве носителя символического значения и использоваться в целях кодирования той или иной информации. Применительно к предмету нашего рассмотрения это означает, что для правового мышления, основанного на выявлении ассоциативных связей между образами, не существовало различия между фактическими действиями и субъективными правами: любое действие в семиотическом пространстве ритуала наполнялось юридическим смыслом и могло метафорически символизировать субъективное право лица.

Становление понятийного правового мышления на первых порах повлекло за собой десемантизацию фактических действий и утрату ритуалом, конструирование и воспроизводство которого являлись приоритетными для ассоциативно-образного мышления, регулирующего воздействие на поведение индивидов. Отрицание правовой релевантности фактических действий, составлявшее суть переходного асемантического типа правовой культуры, приводило к эксцессам, подобным

<sup>57</sup> См. подробнее: *Дождев Д. В.* Владение в системе гражданского права // Вестник гражданского права, 2009. № 4. С. 7 и след.

<sup>58</sup> См.: *Книпер Р.* Юридические факты: возникновение и упадок одного правового института в немецком праве [Электронный ресурс]. URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88) (дата обращения: 21.05.2022).

<sup>59</sup> *Демин А. А.* О юридических фактах и механизме гражданско-правового регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2020. № 4. С. 107.

<sup>60</sup> См.: *Лотман Ю. М.* Указ. соч. С. 402.



тем, которые, по словам Авла Геллия (Gell., XX.1.13), совершались неким Луцием Верацием, чье дерзкое и возмутительное поведение стало поводом для реформирования гражданского судопроизводства и появления формулярного процесса<sup>61</sup>. В последнем в полной мере проявились отличительные особенности синтактического типа правовой культуры, прежде всего отделение знаков от их предметных референтов и, как результат, противопоставление юридических фактов, с одной стороны, и субъективных прав и обязанностей — с другой, в качестве самостоятельных элементов структуры римского правопорядка.

Выделяясь из фактического состава правовой реальности, субъективные права в целях сохранения своей юридической значимости начинают нуждаться в документальной фиксации, релевантной для всех участников правового общения. Преторская формула, пришедшая на смену архаическим *legis actiones* в качестве средства выражения исковых требований, выполняла двоякую роль: она, во-первых, свидетельствовала о наличии известных субъективных прав сторон гражданского процесса и, во-вторых, придавала этим субъективным правам необходимую степень обязательности, сообщавшую им устойчивость не только применительно к данной фактической ситуации, но и ко всем типологически сходным фактическим ситуациям, создававшим аналогичное субъективное право. Иными словами, в формулярном процессе документ стал играть ту же роль, каковую ритуал заявления иска играл в легисакционном процессе.

Неразвитость нормативного начала, отмечаемая нами применительно к римскому частному праву, стала причиной того, что основным средством конструирования юридически значимых действий являлись субъективные права и обязанности. Вот почему преторскую формулу следует считать инструментом понятийного правового мышления, типичным для раннего этапа развития последнего. В ходе дальнейшей эволюции понятийного мышления формируется семантико-синтактический тип правовой культуры, характеризующий современные правопорядки, восходящие к римскому частному праву. В правовой культуре данного типа факты, составляющие субстанциональную основу правопорядка и субъективные права, выступающие его первичными элементами, образуют параллельные и взаимно коррелирующие друг другу последовательности, соответственно семантическую и синтактическую. Вместе с тем связь между этими рядами устанавливается на более высоком уровне, а именно на уровне норм, которые обеспечивают правовую квалификацию фактов и выступают общей предпосылкой возникновения, изменения и прекращения субъективных прав и обязанностей.

## Литература

1. Байгушева Ю. В. Банковская гарантия : автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2008. 22 с.
2. Белов В. А. Вексельные возражения // Законодательство, 2000. № 7. С. 10–18.
3. Вальдекасас Г. Г. Публициев иск в нашем действующем правопорядке // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2018. № 3. С. 168–214.
4. Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2015. 496 с.
5. Громов С. А. Материально-правовые возражения должника против требований кредитора. Практика применения общих положений об обязательствах / отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 133–173.
6. Гумбольдт В. фон. О различии строения человеческого языка и его влиянии на духовное развитие человечества // Гумбольдт В. фон. Избранные труды по языкознанию. М.: Наука, 1984. С. 37–298.
7. Демин А. А. О юридических фактах и механизме гражданско-правового регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2020. № 4. С. 104–108.
8. Дертбург Г. Пандекты. Т. 1: Общая часть. М.: Унив. тип., 1906. 481 с.
9. Держо Д. С. К вопросу о развитии института исковой давности и его современном состоянии // Судья, 2016. № 3. С. 34–37.
10. Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1979. 190 с.

<sup>61</sup> В истории римского частного права асемантический тип правовой культуры может быть датирован второй половиной IV — серединой III в. до н. э., то есть началом предклассического периода, непосредственно предшествующим появлению формулярного процесса. Примечательно, что тенденции, аналогичные только что рассмотренным, синхронно наблюдаются во всех сферах античной культуры, что позволяет видеть в них глубокий психологический фундамент. Так, ярким свидетельством десемантизации культурных феноменов в результате перехода от ассоциативно-образного мышления к мышлению понятийному может служить и древнегреческая трагедия V в. до н. э., прежде всего произведения Еврипида «Орест», «Медея», «Геракл безумный» и др. Анализируя идейно-эстетическую установку этих трагедий, О. М. Фрейденберг писала: «Варварские темы греческой трагедии... объясняются именно тем, что зрительный греческий театр — балаган — был панорамой, скрытой за пологом или за дверью смерти, но смерти не людей, а мифических существ, в которых воплощались стихии и силы внешней природы» (Фрейденберг О. М. Указ. соч. С. 428).

11. *Дождев Д. В.* Владение в системе гражданского права // Вестник гражданского права, 2009. № 4. С. 6–42.
12. *Дождев Д. В.* Добрая совесть (bona fides) как принцип правового общения. Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М.: ИГП РАН, 1996. С. 29–40.
13. *Дождев Д. В.* Римское частное право. Изд. 3-е, испр. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. 784 с.
14. *Емельянов В. В.* Ритуал в Древней Месопотамии. СПб.: Азбука-Классика; Петербургское востоковедение, 2003. 320 с.
15. *Заливалова Л. Н.* К вопросу об изучении византийского права. Модернизация российского законодательства в условиях конституционной реформы. Сборник трудов XVII Всероссийских декабрьских юридических чтений в Костроме / Отв. ред. Г. Г. Бриль, В. В. Груздев. Кострома: Изд. Костромского гос. ун-та, 2021. С. 302–306.
16. *Зеккель Э.* Секундарные права в гражданском праве. Вестник гражданского права, 2007. № 2. С. 204–252.
17. *Зом Р.* Институции: История и система римского гражданского права. Ч. 2. Система. Вып. 1. Общая часть и вещное право. Сергиев Посад: Тип. И. И. Иванова, 1916. 375 с.
18. *Йеринг Р. фон.* Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб.: тип. В. Безобразова и Ко., 1875. Ч. 1. 321 с.
19. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Издат. дом «Алеф-Пресс», 2015. 704 с.
20. *Книпер Р.* Юридические факты: возникновение и упадок одного правового института в немецком праве. [Электронный ресурс]. URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88) (дата обращения: 21.05.2022).
21. *Колемасова В. С.* Применение норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности // Судья, 2016. № 3. С. 20–25.
22. *Кофанов Л. Л.* Lex и ius: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н. э. М.: Статут, 2006. 575 с.
23. *Крашенинников Е. А.* Основные вопросы уступки требования. Очерки по торговому праву: сб. науч. тр. Вып. 6 / Под ред. Е. А. Крашенинникова. Ярославль: Изд-во Ярославск. гос. ун-та им. П. Г. Демидова, 1999. С. 10–29.
24. *Курбатов А. А.* Судопроизводство в архаических Афинах // Государство и право, 1993. № 6. С. 119–127.
25. *Леви-Брюль Л.* Первобытный менталитет. СПб.: Европейский дом, 2002. 400 с.
26. *Липшиц Е. Э.* Право и суд в Византии в IV–VIII вв. Л.: Наука, 1976. 232 с.
27. *Лотман Ю. М.* Проблема знака и знаковой системы и типология русской культуры XI–XIX веков / Лотман Ю. М. Семиосфера. СПб.: Искусство-СПБ, 2000. С. 400–417.
28. *Луковская Д. И., Разуваев Н. В.* Учение досократиков о справедливости и законе // Вестник СПбГУ. Право. 2015. Сер. 14. Вып. 3. С. 35–44.
29. *Маркин А. В.* Фикции в римском праве: логическая природа и правовая целесообразность. Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер.: Юридические науки. 2011. № 2 (16). С. 243–245.
30. *Марр Н. Я.* Язык / Марр Н. Я. Основные вопросы языкознания. Л.: Соцэкгиз, 1936. С. 127–137.
31. *Марченко М. Н.* Источники права. М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2006. 760 с.
32. *Муромцев С. А.* О консерватизме римской юриспруденции: Опыт по истории римского права / Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М.: Центр ЮрИнфоР, 2004. С. 59–212.
33. *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. М.: Проспект, 2015. 272 с.
34. *Осокина Г. Л.* Гражданский процесс: Общая часть. М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. 704 с.
35. *Потебня А. А.* Мысль и язык / Потебня А. А. Слово и миф. М.: Правда, 1989. С. 17–200.
36. *Рожкова М. А.* Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М.: Статут, 2009. 168 с.
37. *Савельев В. А.* Справедливость (aequitas) и добросовестность (bona fides) в римском праве классического периода // Государство и право, 2014. № 3. С. 63–72.
38. *Савельев В. А.* Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права, 2008. № 12 (144). С. 108–115.
39. *Савиньи Ф. К. фон.* Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. 510 с.
40. *Салогубова Е. В.* Римский гражданский процесс. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. 144 с.
41. *Сальковский К.* Институции. Основы системы и истории римского частного права. Киев: тип. «Петр Барский», 1910. 608 с.
42. *Седаков С. Ю.* Роль квирицкого претора в создании норм римского частного права предклассического периода // Древнее право, 1996. № 1. С. 124–128.
43. *Сепир Э.* Язык. Введение в изучение речи / Сепир Э. Избранные труды по языкознанию и культурологии. М.: Издат. группа «Прогресс», 2001. С. 26–203.
44. *Соссюр Ф. де.* Курс общей лингвистики. Екатеринбург: Изд-во Уральск. ун-та, 1999. 432 с.
45. *Спирин М. Ю.* О современных проблемах определения категории «источник права» // Вестник общей и отраслевой теории права, 2022. № 1 (3). С. 22–30.
46. *Таривердиева М. А.* Историческая роль латинского языка в формировании романских языков и культур // Вестник Московского гуманитарного лингвистического университета, 2018. Сер.: Гуманитарные науки. № 6 (11). С. 152–158.
47. *Теньер Л.* Основы структурного синтаксиса. М.: Прогресс, 1988. 656 с.
48. *Триkoz Е. Н., Швец А. А.* Роль фикций и презумпций как юридико-технических средств развития системы «общего права» (на материалах средневековой Англии) // Общество и право, 2021. № 1 (75). С. 124–129.
49. *Тумов В. В.* Экстраординарная юрисдикция в Древнем Риме эпохи республики и периода принципата: историко-юридическое исследование. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов: Саратовск. юрид. ин-т МВД, 2007. 21 с.

50. Тумов В. В., Малиновская Н. В. Фикции как фактор становления иудейского и римского права // Вестник Воронежского государственного университета, 2008. Сер.: Право. № 1 (4). С. 45–56.
51. Фрейденберг О. М. Миф и литература древности. М.: Издат. фирма «Восточная литература» РАН, 1998. 800 с.
52. Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб.: Изд-во А-сад, 1994. 407 с.
53. Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. 302 с.
54. Хвостов В. М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum ius* в римской классической юриспруденции. М.: Университет. тип., 1895. 317 с.
55. Хвостов В. М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. 522 с.
56. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М.: Междунар. отношения, 1998. 480 с.
57. Щенникова Л. В. О материально-правовом институте исковой (погасительной) давности и гражданско-процессуальном праве на иск // Вестник гражданского процесса, 2017. № 5. С. 12–28.
58. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1: Введение и Общая часть. Пт. 2. М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1950. 483 с.
59. Arangio-Ruiz V. *Instituzioni di diritto romano*. 14 ed. Napoli: E. Jovene, 1984. 564 p.
60. Bachofen J. J. *De romanorum iudicii civilibus de legis actionibus de formulis et de condicione: dissertatio historico-dogmatica*. Göttingen: Dieterich, 1840. 346 p.
61. Beck A. Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht. *Aequitas und Bona Fides*. Festgabe für August Simonius. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955. S. 9–27.
62. Birks P. From legis actio to formula. *The Irish Jurist*. New series. 1969. Vol. 4. № 2. P. 356–367.
63. Biscardi A. Sulla data della lex Aquilia. *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*. Milano: Ed. Giuffrè, 1967. Vol. 1. P. 84–94.
64. Hamsa G. Zur Frage des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht. *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*. Vol. II. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino — La Goliardica, 1982. P. 1–23.
65. Koschaker P. *Europa und das römische Recht*. München, Berlin: C. H. Beck Verlag, 1953. 232 S.
66. Kranjc J. Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem. *Zeitschrift für Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. 1989. Bd. 106. S. 434–436.
67. Watson A. *Roman Law Around 200 BC*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1971. 187 p.
68. Wolff H. J. The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks. *Traditio: Studies in Ancient and Medieval History, Thought, and Religion*. 1946. Vol. 4. P. 31–87.

## References

1. Baygusheva, Yu. V. *Bank Guarantee: A PhD Thesis in Law [Bankovskaja garantija: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk]*. SPb., 2008. 22 p. (In Rus.)
2. Belov, V. A. Bill Objections [Vksel'nye vozrazhenija]. *Legislation [Zakonodatel'stvo]*, 2000. No. 7. P. 10–18. (In Rus.)
3. Valdecasas, G. G. Publiciana in Rem Actio in our Contemporary Legal System [Publiciev isk v nashem dejstvujushhem pravoporyadke]. *The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoi Federatsii]*, 2018. No. 3. P. 168–214. (In Rus.)
4. Grimm, D. D. *Lectures on the Dogma of Roman Law [Lekcii po dogme rimskogo prava]*. M.: Zertsalo, 2015. 496 p. (In Rus.)
5. Gromov, S. A. Material and Legal Objections of the Debtor Against the Claims of the Creditor. *The Practice of Applying General Provisions on Obligations [Material'no-pravovye vozrazhenija dolzhnika protiv trebovanij kreditora. Praktika primenenija obshnih polozhenij ob objazatel'stvah]* / Otv. ed. M. A. Rozhkova. M.: Statut, 2011. P. 133–173. (In Rus.)
6. Humboldt, W. von. On the Structure of Human Language and Its Influence on the Spiritual Development of Mankind [O razlichii stroeniya chelovecheskogo jazyka i ego vlijanii na duhovnoe razvitie chelovechestva]. *Humboldt W. von. Background. Selected Works on Linguistics [Gumbol'dt W. fon. Izbrannye trudy po jazykoznaniju]*. M.: Nauka, 1984. P. 37–298. (In Rus.)
7. Demin, A. A. About Legal Acts and the Civil Law Regulation [O juridicheskikh faktah v mehanizme grazhdansko-pravovogo regulirovanija]. *Laws of Russia: experience, analysis, practice [Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika]*. 2020. No. 4. P. 104–108. (In Rus.)
8. Dernburg, G. *Pandekty*. T. 1: General part. M.: Univ. type., 1906. 481 p. (In Rus.)
9. Derkho, D. S. To the Question of the Development of the Institute of Limitation and Its Current State [K voprosu o razvitii instituta iskovoj davnosti i ego sovremennom sostojanii]. *Judge [Sud'ja]*, 2016. No. 3. P. 34–37. (In Rus.)
10. Dobrovolsky, A. A., Ivanova, S. A. Main Problems of the Claim Form of Protection of Rights [Osnovnye problemy iskovoj formy zashchity prava]. M.: Publishing House of Moscow University [Izd-vo Mosk. un-ta], 1979. 190 p. (In Rus.)
11. Dozhdev, D. V. Possession in the System of Civil Law [Vladienie v sisteme grazhdanskogo prava]. *Bulletin of Civil Law [Vestnik grazhdanskogo prava]*, 2009. No. 4. P. 6–42. (In Rus.)
12. Dozhdev, D. V. Good Conscience (Bona Fides) as a Principle of Legal Communication. Problems of the Value Approach in Law: Traditions and Renewal [Dobrajá sovest' (bona fides) kak princip pravovogo obshchenija. Problemy cennostnogo podhoda v prave: tradicii i obnovlenie]. M.: ISL RAS, 1996. P. 29–40. (In Rus.)
13. Dozhdev, D. V. *Roman Private Law [Rimskoe chastnoe pravo]*. 3rd edition, corrected and supplemented. M.: Norma; INFRA-M, 2013. 784 p. (In Rus.)

14. Emelyanov, V. V. Ritual in Ancient Mesopotamia [Ritual v Drevnej Mesopotamii]. St. Petersburg: Azbuka-Classika; Petersburg Oriental Studies [Azbuka-Klassika; Peterburgskoe vostokovedenie], 2003. 320 p. (In Rus.)
15. Zalivalova, L. N. To the Question of the Study of Byzantine Law. Modernization of Russian Legislation in the Context of Constitutional Reform. Proceedings of the XVII All-Russian December Legal Readings in Kostroma [K voprosu ob izuchenii vizantijskogo prava. Modernizacija rossijskogo zakonodatel'stva v uslovijah konstitucionnoj reformy. Sbornik trudov XVII Vserossijskikh dekabr'skikh juridicheskikh chtenij v Kostrome] / Ed. G. G. Bril, V. V. Gruzdev. Kostroma: Kostroma State University Publishing House [Izd. Kostromskogo gos. un-ta], 2021. P. 302–306. (In Rus.)
16. Zekkel, E. Second Rights in Civil Law [Sekundarnye prava v grazhdanskom prave]. Bulletin of Civil Law [Vestnik grazhdanskogo prava], 2007. No. 2. P. 204–252. (In Rus.)
17. Zom, R. Institutions: History and System of Roman Civil Law. Part 2. System. Issue 1. General part and real right [Institucii: Istorija i sistema rimskogo grazhdanskogo prava. Ch. 2. Sistema. Vyp. 1. Obshchaja chast' i veshchnoe pravo]. Sergiev Posad: Publishing House of I. I. Ivanov [Tip. I. I. Ivanova], 1916. 375 p. (In Rus.)
18. Yering, R. von. The Spirit of Roman Law at Various Stages of its Development [Duh rimskogo prava na razlichnyh stupenjah ego razvitija]. SPb.: Publishing House of V. Bezobrazova and Co., 1875. Part 1. 321 p. (In Rus.)
19. Kelsen, G. Pure Doctrine of Law, Justice and Natural Law [Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo]. SPb.: Publishing House "Alef-Press", 2015. 704 p. (In Rus.)
20. Kniper, R. Legal Facts: The Emergence and Decline of One Institution in German Law [Juridicheskie fakty: vzniknovenie i upadok odnogo pravovogo instituta v nemetskom prave]. [Electronic resource]. URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32401565&pos=3;-88#pos=3;-88) (accessed date: 21.05.2022).
21. Kolemasova, V. S. Application of the Norms of the Civil Code of the Russian Federation on the Limitation Period [Primenenie norm Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii ob iskovoj davnosti]. Judge [Sud'ja], 2016. No. 3. P. 20–25. (In Rus.)
22. Kofanov, L. L. Lex and Ius: The Emergence and Development of Roman Law in the VIII–III centuries [Lex i ius: vzniknovenie i razvitie rimskogo prava v VIII–III vv. do n. e.]. BC. M.: Statut, 2006. 575 p. (In Rus.)
23. Krashennikov, E. A. The Main Issues of the Assignment of Claims. Essays on Commercial Law: Collection of Scientific Works. Issue 6 [Osnovnye voprosy ustupki trebovanija. Ocherki po trgovomu pravu: Sb. nauch. tr. Vyp. 6] / Ed. E. A. Krashennikova. Yaroslavl: Publishing House of Yaroslavl. State University named after P. G. Demidov [Izd-vo Jaroslavsk. gos. un-ta im. P. G. Demidova], 1999. P. 10–29. (In Rus.)
24. Kurbatov, A. A. Legal Proceedings in Archaic Athens [Sudoproizvodstvo v arhaicheskikh Afinah]. State and Law [Gosudarstvo i pravo], 1993. No. 6. P. 119–127. (In Rus.)
25. Levy-Bruhl, L. Primitive Mentality [Pervobytnyj mentalitet]. St. Petersburg: European House [Evropejskij dom], 2002. 400 p. (In Rus.)
26. Lipshits, E. E. Law and Court in Byzantium in the IV–VIII Centuries [Pravo i sud v Vizantii v IV–VIII vv.]. L.: Nauka, 1976. 232 p. (In Rus.)
27. Lotman, Yu. M. The Problem of the Sign and the Sign System and the Typology of Russian Culture of the XI–XIX Centuries [Problema znaka i znakovoj sistemy i tipologija russkoj kul'tury XI–XIX vekov]. In: Lotman Yu. M. Semiosphere [Semiosfera]. St. Petersburg: Art-SPB, 2000. P. 400–417. (In Rus.)
28. Lukovskaya, D. I., Razuvaev, N. V. Pre-Socratic Doctrine of Justice and Law [Uchenie dosokratikov o spravedlivosti i zakone]. Bulletin of St. Petersburg State University. Right. Ser. 14. [Vestnik SPbGU. Pravo. Ser. 14]. 2015. Issue 3. P. 35–44. (In Rus.)
29. Markin, A. V. Fictions in Roman Law: Logical Nature and Legal Expediency [Fikcii v rimskom prave: logicheskaja priroda i pravovaja celesoobraznost']. Science Vector of Togliatti State University. Ser.: Juridical sciences [Vektor nauki Tol'jattinskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Juridicheskie nauki], 2011. No. 2 (16). P. 243–245. (In Rus.)
30. Marr, N. Ya. Language [Jazyk]. In: Marr N. Ya. Basic Questions of Linguistics [Osnovnye voprosy jazykoznanija]. L.: Sotsekgiz, 1936. P. 127–137. (In Rus.)
31. Marchenko, M. N. Sources of Law [Istochniki prava]. M.: TK "Velby", Prospekt Publishing House [TK "Velbi", Izd-vo "Prospekt"], 2006. 760 p. (In Rus.)
32. Muromtsev, S. A. On the Conservatism of Roman Jurisprudence: Experience in the History of Roman Law [O konservatizme rimskoj jurisprudencii: Opyt po istorii rimskogo prava]. In: Muromtsev S. A. Selected Works on Roman and Civil Law [Izbrannye trudy po rimskomu i grazhdanskomu pravu]. M.: Center YurInfoR, 2004. P. 59–212. (In Rus.)
33. Novitsky, I. B. Fundamentals of Roman Civil Law [Osnovy rimskogo grazhdanskogo prava.]. M.: Prospekt, 2015. 272 p. (In Rus.)
34. Osokina, G. L. Civil Process: General Part [Grazhdanskij process: Obshchaja chast']. M.: Norma; INFRA-M, 2013. 704 p. (In Rus.)
35. Potebnya, A. A. Thought and Language [Mysl' i jazyk]. In: Potebnya A. A. Word and Myth [Slovo i mif]. M.: Pravda, 1989. P. 17–200. (In Rus.)
36. Rozhkova, M. A. Legal Facts of Civil and Procedural Law: Agreements on the Protection of Rights and Procedural Agreements [Juridicheskie fakty grazhdanskogo i processual'nogo prava: soglashenija o zashchite prav i processual'nye soglashenija]. M.: Statut, 2009. 168 p. (In Rus.)
37. Savel'ev, V. A. Justice (Aequitas) and Integrity (Bona Fides) in Roman Law, the Classical Period [Spravedlivost' (aequitas) i dobrosovestnost' (bona fides) v rimskom prave klassicheskogo perioda]. State and Law [Gosudarstvo i pravo], 2014. No. 3. P. 63–72. (In Rus.)
38. Savel'ev, V. A. Legal Technique of Roman Jurisprudence of the Classical Period [Juridicheskaja tehnika rimskoj jurisprudencii klassicheskogo perioda]. Journal of Russian Law [Zhurnal rossijskogo prava], 2008. No. 12 (144). P. 108–115. (In Rus.)
39. Savigny, F. K. The System of Modern Roman Law [Sistema sovremennogo rimskogo prava]. T. I. M.: Statut, 2011. 510 p. (In Rus.)



40. Salogubova, E. V. Roman Civil Process [Rimskij grazhdanskij process]. M.: Legal Bureau Gorodets, 1997. 144 p. (In Rus.)
41. Salkovsky, K. Institutions. Fundamentals of the System and History of Roman Private Law [Institucii. Osnovy sistemy i istorii rimskogo chastnogo prava]. Kyiv: Pyotr Barsky Publishing House [Tip. Petr Barskij], 1910. 608 p. (In Rus.)
42. Sedakov, S. Yu. The Role of the Kvirite Praetor in the Creation of the Norms of Roman Private Law of the Preclassical Period [Rol' kviritskogo pretora v sozdanii norm rimskogo chastnogo prava predklassicheskogo perioda]. Ancient Law [Drevnee pravo], 1996. No. 1. P. 124–128. (In Rus.)
43. Sepir, E. Language. Introduction to the Study of Speech [Jazyk. Vvedenie v izuchenie rechi]. In: Sepir E. Selected Works on Linguistics and Cultural Studies [Izbrannye trudy po jazykoznaniju i kul'turologii]. M.: Publishing House. Group Progress, 2001. P. 26–203. (In Rus.)
44. Saussure, F. de. Course of General Linguistics [Kurs obshchej lingvistiki]. Ekaterinburg: Uralsk. University Publishing House [Izd-vo Ural'sk. un-ta], 1999. 432 p. (In Rus.)
45. Spirin, M. Yu. On the Modern Problems of Determining the Category of “Source of Law” [O sovremennyh problemah opredelenija kategorii “istochnik prava”]. Bulletin of the General and Branch Theory of Law [Vestnik obshchej i otraslevoj teorii prava]. 2022. No. 1 (3). P. 22–30. (In Rus.)
46. Tariverdieva, M. A. The Historical Role of The Latin Language in The Formation of Romance Languages and Cultures [Istoricheskaja rol' latinskogo jazyka v formirovanii romanskih jazykov i kul'tur]. Bulletin of the Moscow Humanitarian Linguistic University. Ser.: Humanities [Vestnik Moskovskogo gumanitarnogo lingvisticheskogo universiteta. Ser.: Gumanitarnye nauki]. 2018. No. 6 (11). P. 152–158. (In Rus.)
47. Tenier, L. Fundamentals of Structural Syntax [Osnovy strukturnogo sintaksisa]. Moscow: Progress, 1988. 656 p. (In Rus.)
48. Trikoz, E. N., Shvets, A. A. The Role of Fictions and Presumptions as Legal and Technical Means of Developing the System of Common Law (Based on the Example of Medieval England) [Rol' fikcij i prezumpcij kak juridiko-tehnicheskikh sredstv razvitiya sistemy «obshchego prava» (na materialah srednevekovoj Anglii)]. Society and Law [Obshchestvo i pravo]. 2021. No. 1 (75). P. 124–129. (In Rus.)
49. Tumov, V. V. Extraordinary Jurisdiction in Ancient Rome of the Era of the Republic and the Period of the Principate: Historical and Legal Research : A PhD Thesis in Law [Jekstraordinarnaja jurisdikcija v Drevnem Rime epochi Respubliki i perioda Principata: istoriko-juridicheskoe issledovanie. Avtoref. dis. ... k. ju. n]. Saratov: Saratov Legal University of the Ministry of Internal Affairs [Saratovsk. jurid. in-t MVD], 2007. 21 p. (In Rus.)
50. Tumov, V. V., Malinovskaya, N. V. Fiction as a Factor in the Formation of Jewish and Roman law [Fikcii kak faktor stanovlenija iudejskogo i rimskogo prava]. Bulletin of the Voronezh State University. Ser.: Right [Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta]. 2008. No. 1 (4). P. 45–56. (In Rus.)
51. Freidenberg, O. M. Myth and Literature of Antiquity [Mif i literatura drevnosti]. M.: Publishing House. Firm “Eastern Literature” RAS [Izdat. firma “Vostochnaja literature” RAN], 1998. 800 p. (In Rus.)
52. Foucault, M. Words and Things. Archeology of the Humanities [Slova i veshhi. Arheologija gumanitarnyh nauk]. St. Petersburg: A-cad Publishing House [Izd-vo “A-cad”], 1994. 407 p. (In Rus.)
53. Hart, G. L. A. The Concept of Law [Ponjatie prava]. St. Petersburg: Publishing House of St. Petersburg University [Izd-vo S.-Peterb. un-ta], 2007. 302 p. (In Rus.)
54. Khvostov, V. M. Experience in Characterizing the Concepts of Aequitas and Aequum Ius in Roman Classical Jurisprudence [Opyt charakteristiki ponjatij aequitas i aequum ius v rimskoj klassicheskoj jurisprudencii]. M.: University Publishing House [Universitet. tip.]. 1895. 317 p. (In Rus.)
55. Khvostov, V. M. The System of Roman Law [Sistema rimskogo prava]. M.: Spark, 1996. 522 p. (In Rus.)
56. Zweigert, K., Kötz, H. Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law. T. 1. Fundamentals [Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava. T. 1. Osnovy]. M.: Intern. Relations [Mezhdunar. otnoshenija], 1998. 480 p. (In Rus.)
57. Shchennikova, L. V. On the Substantive Institute of Period of Limitation and Civil Procedural Right of Action [O material'no-pravovom institute iskovoj (pogasitel'noj) davnosti i grazhdansko-processual'nom prave na isk]. Bulletin of Civil Process [Vestnik grazhdanskogo processa]. 2017. No. 5. P. 12–28. (In Rus.)
58. Enneccerus, L. The Course of German Civil Law. T. 1: Introduction and General Part. Pt. 2 [Kurs germanskogo grazhdanskogo prava. T. 1: Vvedenie i Obshchaja chast']. M.: Publishing House of Foreign Literature [Izd-vo inostr. lit-ry], 1950. 483 p. (In Rus.)
59. Arangio-Ruiz, V. Istituzioni di diritto romano. 14 ed. Napoli: E. Jovene, 1984. 564 p.
60. Bachofen, J. J. De romanorum iudiciis civilibus de legis actionibus de formulis et de condictione: dissertatio historico-dogmatica. Göttingen: Göttinger, 1840. 346 p.
61. Beck, A. Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht. Aequitas und Bona Fides. Festgabe für August Simonius. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955. S. 9–27.
62. Birks, P. From legis actio to formula. The Irish Jurist. New series. 1969. Vol. 4. № 2. P. 356–367.
63. Biscardi, A. Sulla data della lex Aquilia. Scritti in memoria di Antonio Giuffrè. Milano: Ed. Giuffrè, 1967. Vol. 1. P. 84–94.
64. Hamsa, G. Zur Frage des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht. Studi in onore di Arnaldo Biscardi. Vol. II. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino — La Goliardica, 1982. P. 1–23.
65. Koschaker, P. Europa und das römische Recht. München, Berlin: C. H. Beck Verlag, 1953. 232 p.
66. Kranjc, J. Die actio praescriptis verbis aus Formelaufbauprobem. Zeitschrift für Savigny-Stiftung für rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1989. Bd. 106. S. 434–436.
67. Watson, A. Roman Law Around 200 BC. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1971. 187 p.
68. Wolff, H. J. The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks. Traditio: Studies in Ancient and Medieval History, Thought, and Religion. 1946. Vol. 4. P. 31–87.



# Соглашения о неконкуренции: проблемы теории и практики

**Денис Венерович Ахметьянов**

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

## АННОТАЦИЯ

Реализация работником свободы труда в форме прекращения трудовых отношений и последующее заключение трудового договора с компанией, конкурирующей с предыдущим работодателем, ущемляет интересы последнего. В статье предпринимается попытка обосновать необходимость и возможность введения соглашений о неконкуренции в российское трудовое законодательство. В связи с широким распространением подобных соглашений за рубежом приводится опыт различных стран, а также анализируются основные аспекты, которые необходимо учесть при заключении соглашений о неконкуренции: 1) целесообразность заключения соглашения; 2) форма заключения; 3) сведения о действиях, которые следует совершать/не совершать работнику; 4) категории работников, с которыми могут заключаться соглашения о неконкуренции; 5) срок и территория действия соглашения; 6) компенсация работнику. Рассмотрены актуальные позиции государственных органов и научного сообщества по поднятому вопросу. Автором приведены аргументы в пользу заимствования данного вида соглашений, а также возможные варианты его адаптации под отечественные правовые реалии с учетом соблюдения принципа свободы труда.

**Ключевые слова:** зарубежное трудовое законодательство, интерес работодателя, право на труд, свобода труда, свобода трудового договора, соглашение о неконкуренции, соглашение о неразглашении, сравнительный анализ.

## Non-Competition Agreements: Problems of Theory and Practice

**Denis V. Ahmetyanov**

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

## ABSTRACT

The realization of freedom of labor by the employee through the termination of employment and the subsequent conclusion of an employment contract with a company that competes with the previous employer is detrimental to the interests of the later. The article contains an attempt to substantiate the necessity and possibility of introducing non-competition agreements in the Russian labor legislation. In the light of the wide spread of such agreements abroad, the experience of various countries is represented, and the main aspects to be taken into consideration while concluding non-competition agreements are analyzed: 1) the reasonableness of conclusion of such agreements; 2) the form of conclusion; 3) the information about the actions to be performed/not performed by the employee; 4) the categories of employees with whom non-competition agreements may be concluded; 5) the term and the territory of the agreement; 6) compensation of the employee. Author reviewed the current positions of state authorities and the scientific community on the raised issue. In addition, the author provides arguments in favor of using this type of agreements, as well as possible options for adapting it to national legal conditions, taking into account the principle of freedom of labor.

**Keywords:** foreign labor legislation, employer interest, right to work, freedom of labor, freedom of contract, non-competition agreement, non-disclosure agreement, comparative analysis.

---

В рамках регулирования трудовых отношений возникают ситуации, когда действующий «правовой инструментальный» не способен адекватно решить возникшую проблему. Одной из таких проблем является случай перехода работника от своего работодателя к его конкуренту, осуществляющему свою деятельность в той же сфере. Конкуренция как «форма и мера ограничения экономической свободы в системе взаимоотношений участников воспроизводственного процесса»<sup>1</sup> в рамках рыночных отношений в основном является позитивным явлением, способствующим развитию экономики. Наряду с этим компании отводят важную роль раскрытию внутреннего потенциала своих работников. В науке приводятся утверждения, что «человеческие ресурсы рассматриваются в качестве основного источника ценности, экономического роста и устойчивого конкурентного преимущества. <...>

<sup>1</sup> Васильев А. Н. Конкуренция в экономике [Электронный ресурс]. Большая российская энциклопедия. URL: <https://bigenc.ru/economics/text/2090644> (дата обращения: 19.02.2022).

Для того чтобы выжить, приспособиться и получить конкурентное преимущество, организации должны раскрывать врожденный творческий потенциал своих сотрудников, потому что инновационные идеи работников можно использовать в качестве строительных блоков для организационных инноваций, организационных изменений и повышения конкурентоспособности<sup>2</sup>.

Однако на фоне различных экономических явлений, усугубленных пандемией<sup>3</sup>, усиливается тенденция практической реализации работниками принципа свободы труда в аспекте возможности в любой момент прекратить трудовые отношения с работодателем. При этом интересы работодателя ущемляются, если работник, для развития которого работодатель приложил определенные усилия (обучение, переподготовка, повышение квалификации, допуск к определенной информации), параллельно или после прекращения трудовых отношений с данной компанией заключает трудовой договор с компанией-конкурентом, которая, в свою очередь, ничего не вложила в развитие этого работника. Следует согласиться с позицией Р. Н. Жеребцова, что «никакому работодателю не хочется быть “кузницей кадров” для своих конкурентов»<sup>4</sup>. В качестве возможного способа предотвращения возникновения подобной проблемы могла бы стать конструкция соглашений о неконкуренции<sup>5</sup>.

В отечественной науке имеется широкий круг исследований, затрагивающих данную проблему.

Одним из первых обратил на нее внимание И. Я. Киселёв. В отношении указанной категории соглашений он, в частности, утверждал, что «пакт о неконкуренции — это обязательство работника не конкурировать с бывшим нанимателем. Оно включает запрет в течение определенного времени после увольнения (в разных странах от одного года до пяти лет) наниматься на аналогичное предприятие, создавать аналогичное предприятие, иметь деловое отношение с клиентами бывшего нанимателя и разглашать информацию, касающуюся бывшей работы»<sup>6</sup>.

На уровне диссертационного исследования следует отметить работу В. В. Липковской<sup>7</sup>. В своем труде она, например, рассматривает понятие таких соглашений в узком и широком смыслах. И если соглашение о неконкуренции в узком смысле по своей сути аналогично приведенному выше определению И. Я. Киселёва, то в широком смысле «оно может включать в себя также обязательство работника не приобретать доли/акции конкурентных организаций (их аффилированных лиц) и не занимать руководящие должности в таких организациях»<sup>8</sup>.

Р. М. Урчуков приводит следующие причины заключения соглашений о неконкуренции: защита ценной информации работодателя, защита инвестиционной деятельности работодателя в обучение работника, защита торговых связей с поставщиками и клиентами<sup>9</sup>. У работодателя может возникнуть интерес в заключении подобных соглашений в случае, если: 1) работнику в рамках трудовых отношений стала доступна ценная информация (при этом информация в предельно широком смысле, а не только та, которая защищается режимом конфиденциальности, то есть коммерческой тайны)<sup>10</sup>; 2) ценность для работодателя представляют такие качества, которые неотделимы от личности работника.

Н. В. Ферাপонтова-Максимова приходит к заключению, что «в определенных ситуациях для работодателя имеет значение... его (работника. — Прим. Д. А.) квалификация, опыт, навыки,

<sup>2</sup> Цит. по: Алсуфьев А. И., Завьялова Е. К. Практики обучения и развития персонала как фактор инновационного развития организации. Вестник Санкт-Петербургского университета. Менеджмент, 2014. № 3. С. 102.

<sup>3</sup> См.: Демина М. Пандемия и «великая отставка»: футуролог — о будущем нейросетей и женщин [Электронный ресурс]. РБК Тренды, 11.08.2021. URL: <https://trends.rbc.ru/trends/futurology/610d50e39a79473d38990340> (дата обращения: 20.02.2022); Curtis L. Why the Big Quit is Happening and Why Every Boss Should Embrace It [Электронный ресурс] // Forbes, 30.06.2021. URL: <https://www.forbes.com/sites/lisacurtis/2021/06/30/why-the-big-quit-is-happening-and-why-every-boss-should-embrace-it/?sh=5992757b601c> (дата обращения: 21.02.2022).

<sup>4</sup> Жеребцов Р. Н. Соглашение о неконкуренции: российский опыт, риски и возможности для бизнеса [Электронный ресурс] // ЮСС «Система Юрист», 23.04.2020. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=2EGSMZ8Xhkk> (дата обращения: 22.02.2022).

<sup>5</sup> Следует отметить, что в связи с отсутствием легального определения данной правовой категории, в отечественной науке могут встречаться различные наименования: соглашения о неконкуренции или пакты о неконкуренции. Аналогичная ситуация встречается и за рубежом: non-competition/non-compete agreement (NCA), covenant not to compete (CNC).

<sup>6</sup> Киселёв И. Я. Сравнительное и международное трудовое право: учебник для вузов. М.: Дело, 1999. С. 103.

<sup>7</sup> См.: Липковская В. В. Интересы работодателя в трудовом праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 183 с.

<sup>8</sup> Липковская В. В. Указ. соч. С. 88.

<sup>9</sup> Урчуков Р. М. Соглашение о неконкуренции как ограничение свободы труда работников. Трудовое право в России и за рубежом, 2019. № 3. С. 32.

<sup>10</sup> Данное положение будет рассмотрено позднее в части соотношения соглашений о неконкуренции и соглашений о неразглашении.

организаторские, творческие и интеллектуальные способности и т. п.»<sup>11</sup>. Зачастую качества подобного работника ассоциируются с компанией, в которой он работает. Наглядным примером подобных случаев является индустрия спортивных соревнований. Так, в 2021 г. популярный футболист Лионель Месси перешел в футбольный клуб ПСЖ. Данный переход позволил клубу привлечь новую аудиторию, увеличить медийный охват и доходы клуба за счет продаж футболок и аксессуаров с именем игрока, а также перезаключить контракты со спонсорами на более выгодных условиях и получить бонусы за рост заметности бренда<sup>12</sup>. К тому же подобная история не является единичной<sup>13</sup>. Вполне допустимой является и сценарий, когда стоимость компании снижается в связи с уходом ключевого работника, например руководителя организации, период работы которого ассоциируется с достижением компанией значительных результатов в своей сфере. При этом если такой работник сразу после увольнения заключит трудовой договор с конкурирующей компанией, то удар по рыночным позициям предыдущего работодателя может стать существенным.

Является очевидным, что бесконтрольное применение подобных соглашений может привести к ограничению прав и интересов работников. В связи с этим в иностранных юрисдикциях выработаны различные подходы к определению требований, при соблюдении которых соглашение о неконкуренции имеет силу и не противоречит закону.

*Целесообразность заключения соглашения.* Для заключения подобного соглашения у работодателя должны иметься основания полагать, что последующий переход работника к работодателю-конкуренту действительно может повлечь негативные последствия для бывшего работодателя. Ряд исследователей солидарны во мнении, что при заключении соглашений о неконкуренции важно учесть разумную целесообразность (reasonableness) ограничения прав работника в целях защиты интересов работодателя (legitimate business interests)<sup>14</sup>. То есть правомерность заключения данного соглашения зависит от того, действительно ли необходимы подобные меры по ограничению прав работника и действительно ли путем их осуществления возможно защитить интересы работодателя.

Здесь же стоит упомянуть, что такое соглашение не должно приводить к «чрезмерным лишениям» для работника в форме несправедливого затруднения получения средств к существованию и противоречить общественным интересам<sup>15</sup>. Примером противоречия общественным интересам могут быть случаи заключения соглашений о неконкуренции с такими работниками, в продолжении трудовой деятельности которых заинтересовано все общество — например, в деле Phoenix Orthopedic Surgeons v. Peairs Апелляционный суд штата Аризона (США) констатировал, что соглашения о неконкуренции, ограничивающие врачей в медицинской практике, имеют последствия для государственной политики<sup>16</sup>.

*Форма заключения.* В основном встречаются две формы закрепления обязательства не конкурировать: условие трудового договора<sup>17</sup> или отдельное соглашение. При этом встречаются

<sup>11</sup> Фералонтова-Максимова Н. В. Соглашения о неконкуренции: зарубежный опыт и российские перспективы. Трудовые споры, 2010. № 10. С. 41.

<sup>12</sup> ПСЖ взял Месси из «Барселоны» не только ради Лиги чемпионов. Как клуб заработает на Лео [Электронный ресурс]. Евроспорт, 06.09.2021. URL: [https://www.eurosport.ru/football/champions-league/2021-2022/story\\_sto8527367.shtml](https://www.eurosport.ru/football/champions-league/2021-2022/story_sto8527367.shtml) (дата обращения: 23.02.2022).

<sup>13</sup> См., например: Финк О. Трансфер Роналду — золотая жила для «МЮ». Он принесет клубу десятки миллионов прибыли [Электронный ресурс]. Спорт-Экспресс, 05.09.2021. URL: <https://www.sport-express.ru/football/england/reviews/krishtianu-ronaldu-skolko-zarabotaet-manchester-yunayted-posle-transfera-skolko-rodpisnikov-v-socsetyah-pribavilos-1831969/> (дата обращения: 23.02.2022); Шишов Р. ПСЖ продал 120 тысяч футболок Неймара [Электронный ресурс]. Спорт-Экспресс, 19.09.2017. URL: <https://www.sport-express.ru/football/france/news/pszh-prodal-120-tysyach-futbolok-neymara-1310888/> (дата обращения: 23.02.2022); Gray S. Why LeBron James' Move to Los Angeles Could Boost the City's Economy [Электронный ресурс]. Fortune, 03.07.2018. URL: <https://fortune.com/2018/07/03/lebron-james-los-angeles-economy/> (дата обращения: 23.02.2022); Laine J. Tom Brady's Arrival Boon for Tampa Bay Buccaneers Merchandise Sales in 2020 [Электронный ресурс]. ESPN, 03.05.2021. URL: [https://www.espn.com/nfl/story/\\_/id/31383507/tom-brady-arrival-boon-tampa-bay-buccaneers-merchandise-sales-2020](https://www.espn.com/nfl/story/_/id/31383507/tom-brady-arrival-boon-tampa-bay-buccaneers-merchandise-sales-2020) (дата обращения: 23.02.2022).

<sup>14</sup> См., например: Фералонтова-Максимова Н. В. Указ. соч. С. 42; Кандыба А. А. Соглашения о неконкуренции между работодателем и работником: международный и отечественный опыт. Московский журнал международного права, 2005. № 4. С. 255; Завгородний А. В. Соглашение о неконкуренции с работниками (зарубежный опыт). Петербургский юрист, 2016. № 3. С. 76.

<sup>15</sup> Кандыба А. А. Указ. соч. С. 256.

<sup>16</sup> McCoy D., Riley S. Summary of Covenants Not to Compete: A Global Perspective (Arizona) [Электронный ресурс]. Fenwick & West LLP. URL: [https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS\\_Summary-of-Covenants.pdf](https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS_Summary-of-Covenants.pdf) (дата обращения: 01.03.2022).

<sup>17</sup> В таком случае следует говорить об оговорке о неконкуренции (non-competition clause).

случаи, что данный вопрос регулируется не на индивидуально-договорном уровне, а на коллективно-договорном. Так, во Франции условия о неконкуренции устанавливаются коллективным договором или отраслевым соглашением<sup>18</sup>.

*Сведения о действиях, которые следует совершать/не совершать работнику.* Для установления того, действительно ли работником исполняются положения соглашения, в нем указывают, какие именно действия работник обязан совершать, а совершения каких ему следует избегать. В зарубежной практике в подобного рода соглашениях подробно фиксируются сведения, при выполнении которых работник признается надлежаще выполняющим свои обязанности. Так, в соглашении может быть указано, что работнику не следует вступать ни в какое взаимодействие с конкурентами предыдущего работодателя как путем заключения трудовых договоров, так и гражданско-правовых. При этом может быть специально оговорено, какие именно компании осуществляют конкурирующую деятельность, а также какую именно трудовую функцию работнику нельзя осуществлять, работая на компанию-конкурента.

*Категории работников, с которыми могут заключаться соглашения о неконкуренции.* В законодательстве отдельных стран установлены запреты на заключение рассматриваемых соглашений с отдельными категориями работников. Так, в п. 2 раздела 74а Торгового кодекса Германии установлено, что соглашение о неконкуренции с несовершеннолетним работником является недействительным<sup>19</sup>. Несмотря на то, что по общему правилу не установлены должностные функции или роль работника в компании, при которых с таким работником можно заключить соглашение о неконкуренции, суды в рамках разбирательства по исполнению таких соглашений обращают внимание, действительно ли роль работника в компании позволяла ему после перехода к компании-конкуренту отрицательно воздействовать на бизнес предыдущего работодателя.

А. В. Завгородний констатирует, что «суды выступают против включения пункта о запрете конкуренции в трудовой договор, если услуги работника не являются центральными в деятельности компании или решающими в управлении ею. Чтобы иметь юридическую силу, подобное соглашение должно касаться только тех работников, чье знание бизнеса работодателя может в последующем навредить последнему на рынке, если его бывший работник станет его конкурентом»<sup>20</sup>. Следует согласиться с приводимым Р. М. Урчуковым примером, что заключение соглашения о неконкуренции в отношении партнера юридической фирмы предполагается более адекватным и разумным в отличие от заключения аналогичного соглашения с секретарем юридической фирмы, «так как уход секретаря юридической фирмы по общему правилу не может нанести такой фирме существенного вреда»<sup>21</sup>.

*Срок и территория действия соглашения.* В большинстве стран выработаны подходы к установлению определенных временных и пространственных ограничений действия соглашений о неконкуренции. Данные ограничения должны быть, так как предполагается, что у работодателя есть только некий промежуток времени, «отсрочка» на то, чтобы минимизировать потенциальные последствия перехода работника к другому работодателю и сохранить свое конкурентное преимущество. Имеются два основных подхода к определению сроков действия рассматриваемых соглашений: законодательный и судебный.

Законодательный подход подразумевает установление максимального срока действия соглашения в нормативных правовых актах. В среднем сроки действия соглашений о неконкуренции в различных странах составляют два-три года<sup>22</sup>. При этом встречается и градация срока действия в зависимости от занимаемой работником должности — к примеру, в Италии устанавливается

<sup>18</sup> Филиппова И. А. Особенности правового регулирования труда по законодательству России и Франции. Сравнительно-правовое исследование: монография. Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2016. С. 23

<sup>19</sup> Book 1 (Commercial Entities), Book 2 (Commercial Partnerships and Silent Partnership) and Book 5 (Maritime Trade) of the Commercial Code (gesetze-im-internet) [Электронный ресурс]. Federal Ministry of Justice. URL: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_hgb/englisch\\_hgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html) (дата обращения: 20.02.2022).

<sup>20</sup> Завгородний А. В. Указ. соч. С. 76.

<sup>21</sup> Урчуков Р. М. Указ. соч. С. 33.

<sup>22</sup> В Китае и Германии — два года (см.: *Einem D. Multi-Country Survey on Covenants Not to Compete (Germany)* [Электронный ресурс]. Greenberg Traurig LLP, 01.03.2018. URL: <https://www.gtlaw.com/en/-/media/files/insights/alerts/2018/3/gtnoncompeteeuroinfopak.pdf> (дата обращения: 28.02.2022); *Yan J. Summary of Covenants Not to Compete: A Global Perspective (China)* [Электронный ресурс]. Greenberg Traurig LLP, 01.03.2018. URL: [https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS\\_Summary-of-Covenants.pdf](https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS_Summary-of-Covenants.pdf) (дата обращения: 01.03.2022); в Швейцарии — три года (см.: *Swiss Code of Obligations of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2022)* [Электронный ресурс]. Fedlex (The publication platform for federal law). URL: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en) (дата обращения: 28.02.2022).



срок действия пять лет в отношении руководящих должностей, а в отношении других категорий работников — три года<sup>23</sup>.

В свою очередь судебный подход предполагает определение судами срока действия соглашений о неконкуренции исходя из разумности подобной продолжительности. А. А. Кандыба приводит позицию Апелляционного суда штата Мериленд (США), в соответствии с которой «разумным является срок, достаточный для того, чтобы из памяти клиентов стерлось представление о работнике как о сотруднике его бывшего работодателя»<sup>24</sup>. Подобный подход встречается и у австралийских судов. Так, в рамках дела *Birdanco Nominees Pty Ltd v Money* [2012] VSCA 64 Апелляционный суд штата Виктория (Австралия) заключил, что три года являются разумным сроком действия соглашения о неконкуренции<sup>25</sup>.

Что касается территории действия анализируемых соглашений, то на практике границы подобных ограничений являются «гибкими» и зависят от особенностей ведения бизнеса работодателем. Е. С. Легашова и А. Р. Муксинов констатируют, что в английской судебной практике ориентируются на такие факторы, как существование фактической взаимосвязи между защищаемым интересом и какой-либо географической областью, сферой деятельности работника, размера и характера населения области<sup>26</sup>. О. Р. Чудинов пишет, что во Франции «пространственное ограничение может затрагивать территорию муниципального образования, департамента или распространяться на всю территорию страны»<sup>27</sup>, при этом распространение действия соглашения за пределами границ Франции невозможно, так как защита трудовых прав вне страны не относится к ведению французских судов. Размер территории действия соглашения о неконкуренции влияет на то, с какой вероятностью работник успешно сможет оспорить такое соглашение.

*Компенсация работнику.* Так как работник, отказываясь от трудоустройства, теряет определенный способ заработка средств к существованию, то видится справедливым, что работодатель возмещает в определенной степени данные потери. В некоторых правовых системах наличие подобной компенсации является обязательным условием действительности соглашений о неконкуренции. Так, в Германии соглашение о неконкуренции является обязательным только в том случае, если работодатель обязуется выплатить за каждый год действия соглашения компенсацию, равную 50% от годового содержания работника по трудовому договору<sup>28</sup>.

Таким образом, законодательные и судебные органы зарубежных стран достаточно внимательно подходят к правовому регулированию соглашений о неконкуренции и ставят действительность таких соглашений в зависимость от вышеуказанных аспектов, которые должны быть учтены при заключении данных соглашений.

Что касается российской действительности, то возможность заключения соглашений о неконкуренции отечественным законодательством не предусмотрена. Позиция органов исполнительной власти в лице Министерства труда и социальной защиты состоит в том, что такие соглашения противоречат трудовому законодательству, так как: 1) ограничивают право на свободное использование своих способностей в различной экономической деятельности (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ<sup>29</sup>) и свободу труда (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ); 2) подобные соглашения неприменимы, так как содержат условия, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством (ч. 2 ст. 9 Трудового кодекса РФ<sup>30</sup> (далее — «ТК РФ»)); 3) не предусмотрены законодательством; 4) не будут действовать, так как все условия трудового договора актуальны только до момента его расторжения. После прекращения трудовых отношений стороны не несут взаимных обязанностей

<sup>23</sup> Завгородний А. В. Указ. соч. С. 77.

<sup>24</sup> Кандыба А. А. Указ. соч. С. 256.

<sup>25</sup> *Birdanco Nominees Pty Ltd v Money* [Электронный ресурс]. Victorian Reports (The Council of Law Reporting in Victoria), 12.04.2011. URL: <https://victorianreports.com.au/judgment/view/36-VR-341> (дата обращения: 04.03.2022).

<sup>26</sup> Легашова Е. С., Муксинов А. Р. Соглашения о неконкуренции с работниками: английский опыт и российская действительность. Закон, 2010. № 4. С. 56.

<sup>27</sup> Чудинов О. Р. Оговорка о неконкурировании как условие трудового договора в соответствии с правом Франции. Ученые записки ОГУ. Серия: Гуманитарные и социальные науки. Орел: изд-во ФГБОУ ВПО «Орловский государственный университет», 2015. № 1 (64). С. 277.

<sup>28</sup> Book 1 (Commercial Entities), Book 2 (Commercial Partnerships and Silent Partnership) and Book 5 (Maritime Trade) of the Commercial Code ([gesetze-im-internet](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html)) [Электронный ресурс]. Federal Ministry of Justice. URL: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_hgb/englisch\\_hgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html) (дата обращения: 29.02.2022).

<sup>29</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) [Электронный ресурс]. СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_28399/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/) (дата обращения: 12.02.2022).

<sup>30</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ. Российская газета, 2001. № 256.



за исключением предусмотренных законодательством случаев<sup>31</sup>. Примечательны позиции и других государственных органов. В правовых актах Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг и Центрального банка России упомянута возможность заключения подобных соглашений<sup>32</sup>.

Своеобразно обстоит вопрос законности заключения соглашений о неконкуренции в немногочисленной судебной практике. Для начала стоит уточнить, что еще в 2014 г. Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации разъяснял, что при решении вопроса о том, нарушает ли интересы юридического лица заключение трудового договора, судам следует оценивать, насколько его условия отвечали обычным условиям трудовых договоров, заключаемых со специалистами аналогичной квалификации и соответствующего профессионального уровня, с учетом характера обязанностей сотрудника, в том числе о неконкуренции (после увольнения)<sup>33</sup>. Несмотря на это позиция о правомерности соглашений о неконкуренции не нашла широкого распространения в судебной практике. Исходя из изученной практики судебские позиции можно разделить на два типа:

- 1) заключение соглашений о неконкуренции невозможно<sup>34</sup>;
- 2) суды косвенно признают действительность соглашений<sup>35</sup>. В подобного рода делах бывшие работники обращались в суд с требованием о взыскании вознаграждения в связи с соблюдением соглашения о неконкуренции. Отказывая в удовлетворении требований, суды устанавливали, что работниками не соблюдались условия соглашений, так как они трудоустроивались к конкурентам предыдущего работодателя. Необходимо отметить, что суды в подобного рода спорах не анализировали законность заключения соглашений о неконкуренции в принципе.

Возможность рецепции соглашений о неконкуренции в российское законодательство находит широкую поддержку в научных работах<sup>36</sup>. В контексте этого следует согласиться с мнением Е. С. Легашовой и А. Р. Муксинова, что «законодательство, как правило, развивается не изолированно от опыта зарубежных стран, а заимствует отработанные на практике механизмы правового регулирования»<sup>37</sup>. Аргументами, которые демонстрируют необходимость введения рассматриваемых соглашений, могут быть следующие положения.

<sup>31</sup> Письмо Министерства труда и социальной защиты от 19 октября 2017 г. № 14-2/В-942. Акты и комментарии для бухгалтера, 2017. № 11.

<sup>32</sup> См., например: Распоряжение Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 30 апреля 2003 г. № 03-849/р «О методических рекомендациях по составу и форме представления сведений о соблюдении кодекса корпоративного поведения в годовых отчетах акционерных обществ». Вестник ФКЦБ России, 2003. № 5; Информационное письмо Банка России от 17 декабря 2019 г. № ИН-06-39/93 «О разработке и внедрении кодексов этики финансового аналитика». Вестник Банка России, 2020. № 1–2 (2137–2138).

<sup>33</sup> Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 мая 2014 г. № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью». Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ, 2014. № 6.

<sup>34</sup> См., например: Апелляционное определение Ростовского областного суда от 04 марта 2013 г. по делу № 33-2634/2013 [Электронный ресурс]. СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2022); Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 02 июня 2017 г. № 33-20918/2017 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2022); Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 9 декабря 2019 г. по делу № А59-4571/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2022); Решение Комсомольского районного суда г. Тольятти от 11 июля 2016 г. по делу № 12-1421/2016 [Электронный ресурс]. СудАкт.Ру. URL: sudact.ru/regular/doc/t4qarloxYkdJ/ (дата обращения: 29.02.2022); Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 ноября 2019 г. по делу № А40-230924/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2022); Определение Московского городского суда от 12 апреля 2016 г. по делу № 33-12874/2016 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2022).

<sup>35</sup> См., например: Апелляционное определение Мосгорсуда от 04 декабря 2018 г. по делу № 33-52632/2018 [Электронный ресурс]. СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.03.2022); Апелляционное определение Краснодарского краевого суда от 08 августа 2017 г. по делу № 33-23701/2017 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.03.2022); Апелляционное определение Московского городского суда от 14 октября 2014 г. по делу № 33-34658 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.03.2022).

<sup>36</sup> См., например: *Швалева Е. С.* Ограничение мобильности работников в целях защиты интересов работодателя: соглашения о неконкуренции // Трудовое право в России и за рубежом, 2018. № 3. С. 41; *Люттов Н. Л.* Выплаты при увольнении и договоры о неконкуренции с руководящими работниками. Lex Russica, 2017. № 10. С. 129; *Чудинов О. Р.* Указ соч. С. 278; *Фомина Л.* Кому парашют, кому гирия. Налоговые последствия больших выплат топ-менеджерам. Финансовая газета, 2020. № 1. С. 7; *Липковская В. В.* Указ. соч. С. 88; *Урчуков Р. М.* Указ. соч. С. 34.

<sup>37</sup> *Легашова Е. С., Муксинов А. Р.* Указ. соч. С. 52.

Введение соглашений о неконкуренции придаст компаниям уверенности в том, что вложенные в развитие работника ресурсы не будут в скором времени использованы против самой компании ее конкурентом. В свою очередь, работники, которые хотели бы реализовать свой потенциал в иной сфере, не будут ограничены рамками той области, в которой они работали до этого, так как компенсации за соблюдение соглашения о неконкуренции позволят сохранить определенный уровень благосостояния.

В качестве альтернативы соглашений о неконкуренции могут быть рассмотрены соглашения о неразглашении коммерческой тайны, возможность заключения которых российским законодательством предусмотрена. Как при заключении соглашения о неразглашении коммерческой тайны, так и при заключении соглашения о неконкуренции интересом работодателя является сохранение конкурентного преимущества. Несмотря на это, запрет на разглашение коммерческой тайны имеет и недостатки. Заключению данного соглашения предшествует скрупулезная организация и установление режима коммерческой тайны путем принятия мер, установленных законодательством (определение перечня конфиденциальной информации, ограничение доступа к ней, учет лиц, получивших доступ к такой информации и т. д.). При этом, если работник нарушит обязательство о неразглашении, как справедливо утверждает Н. Л. Лютов, «доказать, что бывший работник, работая в пользу нового работодателя, воспользовался конфиденциальной информацией бывшего работодателя, зачастую практически невозможно»<sup>38</sup>. Данная позиция поддерживается и другими учеными<sup>39</sup>.

Является спорным также довод о том, что соглашения о неконкуренции нарушают принцип свободы труда, установленный Конституцией РФ и ТК РФ. Свобода труда провозглашается и в тех странах, где соглашения о неконкуренции законны. Такие страны, как и Россия, входят в состав участниц Европейской социальной хартии от 03.05.1996 г.<sup>40</sup> и Всеобщей декларации прав человека<sup>41</sup>, которые провозглашают право на труд и свободу выбора работы. Говоря о других странах, необходимо отметить, что соглашения о неконкуренции уже нашли свое закрепление у таких стран-участниц Содружества Независимых Государств, как Беларусь<sup>42</sup> и Казахстан<sup>43</sup>.

В российском законодательстве уже есть положения, которые в определенной степени имеют свойства соглашений о неконкуренции. Так, в соответствии со ст. 64.1 ТК РФ заключение трудовых договоров с бывшими государственными и муниципальными служащими в определенных случаях ставится в зависимость от согласия специальной комиссии. Согласно ст. 207 ТК РФ если работник нарушает условия ученического договора, в том числе не приступает к работе, то работодатель вправе потребовать вернуть стипендию, а также возместить иные связанные с ученичеством расходы. Исходя из ст. 276 ТК РФ, работа руководителя организации по совместительству у другого работодателя возможна только при наличии согласия основного работодателя. Все вышеуказанные положения в той или иной мере ограничивают возможность работника трудоустроиться к другому работодателю.

Что же касается «презумпции неухудшения положения работника» по сравнению с правами и гарантиями, предусмотренными трудовым законодательством (ч. 2 ст. 9 ТК РФ), то дискуссия по этому поводу возникла еще задолго до возникновения современного трудового законодательства. Так, еще в 1925 г. К. М. Варшавский рассуждал о соглашениях (условиях) о неконкуренции следующим образом: «С одной стороны, такое условие, ограничивающее свободу выбора нанимающегося и косвенно приковывающее его к нанимателю, само по себе взятое, ухудшает его положение, особенно в том случае, когда — как это большею частью и бывает, — он по роду своей деятельности может найти себе работу именно только в каком-либо конкурирующем

<sup>38</sup> Лютов Н. Л. Указ. соч. С. 128.

<sup>39</sup> См., например: Васильева С. Работа на два фронта: когда топ уходит к конкуренту. Трудовое право, 2018. № 1. С. 78; Уваева М. Воровство технологий уволенными. Трудовое право, 2016. № 2. С. 90; Швалева Е. С. Указ. соч. С. 40.

<sup>40</sup> Европейская социальная хартия (пересмотренная): принята 03 мая 1996 г. Ратифицирована Федеральным законом от 03 июня 2009 г. № 101-ФЗ. Бюллетень международных договоров, 2010. № 4.

<sup>41</sup> Всеобщая декларация прав человека: принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. Международные и российские механизмы. М.: Московская школа прав человека, 2000.

<sup>42</sup> Декрет Президента Республики Беларусь от 21 декабря 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики» [Электронный ресурс]. Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. URL: <http://pravo.by/document/?guid=12551&p0=Pd1700008&p1=1&p5=0> (дата обращения: 11.03.2022).

<sup>43</sup> Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 г. № 414-V ЗПК [Электронный ресурс]. Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000414> (дата обращения: 22.03.2022).

предприятию. С другой — нельзя не учесть и того, что в виде компенсации за это условие нанимающийся может выговорить себе большее вознаграждение»<sup>44</sup>.

Применительно к доводу о том, что обязанность не конкурировать утратит свою силу, так как все условия трудового договора (в том числе и различных связанных с ним соглашений) действуют только до момента его расторжения, то стоит признать, что без закрепления данного исключения в законодательстве<sup>45</sup> применение подобных соглашений будет невозможно.

Введение возможности заключения подобных соглашений соответствует современному пониманию принципа свободы труда. Межотраслевой принцип свободы труда в трудовом праве находит свое отражение в отраслевом принципе свободы трудового договора, который, в свою очередь, направлен на достижение баланса интересов работника и работодателя. Т. И. Штринева утверждает, что «содержание принципа свободы трудового договора в условиях перехода к цифровой экономике характеризуется деловым сотрудничеством сторон трудового правоотношения в процессе применения труда»<sup>46</sup>. Современное понимание свободы труда подразумевает не только возможность выбора сферы приложения своих усилий, но и возможность полностью отказаться от такой деятельности<sup>47</sup>. В связи с этим с помощью соглашения о неконкуренции стороны трудовых отношений не нарушают принципы трудового права, а достигают баланс взаимных интересов.

При рецепции подобного института необходимо учесть ряд важных положений. Необходимо определить те критерии, при которых соглашение о неконкуренции может быть реально исполнимым, например указать виды экономической деятельности организаций, при трудоустройстве в которые действия работника будут рассматриваться как нарушение. Перечисление в соглашении конкретных компаний-конкурентов видится нецелесообразным, так как работник может устроиться во вновь созданную организацию, которая аффилирована с компанией-конкурентом. Как и трудовой договор, соглашение о неконкуренции должно быть заключено в письменной форме.

Особое внимание нужно уделить вопросу того, с какими работниками можно заключать подобные соглашения, а с какими — нельзя. Очевидно, что переход отдельных категорий работников к работодателям-конкурентам может нести более тяжелые последствия, чем переход других. К. М. Варшавский, говоря о дифференциации правового регулирования трудовых отношений с различными категориями работников, констатировал, что «высшие слои ответственных работников, которые, не обладая денежным капиталом, располагают капиталом умственным, а потому экономически более независимы»<sup>48</sup>. Аналогичную позицию высказывает и развивает С. П. Басалаева, которая утверждает: «Поскольку руководитель обладает так называемым интеллектуальным капиталом, постольку он находится в меньшей экономической зависимости от работодателя. Отсюда следует вывод о возможности большей свободы договора между собственником и руководителем»<sup>49</sup>. В контексте современной ситуации в сфере трудовых отношений, а также в связи с повышением роли интеллектуального капитала к таким категориям работников можно отнести не только руководителей организаций, но и IT-специалистов<sup>50</sup>.

Также необходимо ясно обозначить категории работников, с которыми заключение подобных соглашений ограничено. К таким категориям можно отнести тех работников, по отношению к которым трудовое законодательство заинтересовано в реализации своей защитной функции в большей степени, например несовершеннолетних работников. В дополнение возможность заключения соглашений о неконкуренции может быть ограничена в отношении лиц, в трудовой деятельности которых заинтересовано все общество в целом и имеется публичный интерес, например педагогических или медицинских работников.

<sup>44</sup> Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Ленинград: Academia, 1924. С. 73.

<sup>45</sup> Аналогичные нормы уже встречаются в трудовом законодательстве. Например, ст. 232 ТК РФ, позволяющая привлечь сторону трудовых отношений к материальной ответственности после их прекращения.

<sup>46</sup> Штринева Т. И. Принцип свободы труда на современном этапе развития трудового права (теоретико-правовой аспект). Трудовое право в России и за рубежом, 2019. № 4. С. 13.

<sup>47</sup> См., например: Федин В. В. Соотношение принципа свободы труда и права на труд. Lex Russica, 2004. № 2, С. 420; Анишина В. И., Попонов Ю. Г. Свобода труда или право на труд. Журнал российского права, 2007. № 4. С. 88; Трудовое право России: учебник для бакалавров / ответственный редактор Ю. П. Орловский. М.: Издательство Юрайт, 2014. С. 49.

<sup>48</sup> Варшавский К. М. Указ. соч. С. 47.

<sup>49</sup> Басалаева С. П. Правовая природа трудового договора: монография. Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2013. С. 117.

<sup>50</sup> Ущерб в 1 млрд: месть уволенного программиста [Электронный ресурс]. Сетевое издание CNews. URL: [https://safe.cnews.ru/articles/ushcherb\\_v\\_1\\_mlrld\\_mest\\_uvolennogo\\_programmista](https://safe.cnews.ru/articles/ushcherb_v_1_mlrld_mest_uvolennogo_programmista) (дата обращения: 21.03.2022).

Представляется рациональным установить, что рассматриваемое соглашение является законным только при наличии определенных выплат работнику за надлежащее исполнение обязательств по соглашению. Необходимо определить минимальные размеры таких выплат, а также права и обязанности сторон при их прекращении. Так, можно установить, что при остановке работодателем ежемесячных выплат работник вправе прекратить исполнение соглашения о неконкуренции. Если же работник нарушит условия соглашения, то и у работодателя будут собственные способы защиты, например прекращение выплат и взыскание сумм, ранее выплаченных работнику в соответствии с соглашением о неконкуренции. Как видим, подобная конструкция видится более мягкой по сравнению со стандартным пониманием соглашений о неконкуренции, при которых работник не имеет реальной возможности трудоустроиться к другому работодателю. Описанные способы защиты работодателя позволяют избежать чрезмерного необоснованного ущемления прав работника, так как уровень гарантий работника по сравнению с предусмотренным трудовым законодательством не снижается. Такое понимание санкций за несоблюдение соглашения не ограничивает свободу труда работника, так как он может в любое время отказаться от исполнения соглашения и вступить в трудовые отношения с конкурентом работодателя, и тогда работник лишь обязан вернуть те выплаты, которые предоставил ему предыдущий работодатель. При этом в отличие от ряда зарубежных правовых порядков работник не обязан возмещать убытки<sup>51</sup>, выплачивать неустойку<sup>52</sup>, а также суд в отношении него не может вынести судебный запрет на заключение трудовых договоров с другими работодателями<sup>53</sup>.

Может сложиться впечатление, что заключение соглашений о неконкуренции создает дополнительный риск злоупотреблений со стороны работодателей. Стоит прояснить, что, несмотря на отсутствие в трудовом законодательстве, в судебной практике по трудовым спорам сложился и широко используется принцип запрета злоупотребления правом<sup>54</sup>. Эффективное применение данного принципа видится рациональным решением минимизации рисков подобного злоупотребления. Стоит отметить, что введение соглашений о неконкуренции ни в коем случае не является частью тенденции демонтажа трудового законодательства, который прослеживается в условиях экономического спада<sup>55</sup>. По мнению Е. В. Аббасовой и В. А. Васильева, «изменения социально-трудовых отношений должны носить точечный характер с учетом реальных потребностей и возможностей сторон трудовых отношений»<sup>56</sup>. Следует с этим согласиться. Соглашения о неконкуренции должны распространяться только на отдельные категории работников, не давая работодателям злоупотреблять правом и бесконтрольно заключать соглашения о неконкуренции в ущерб интересам работников.

Упомянутый выше демонтаж трудового законодательства более реален в ситуации оставления соглашений о неконкуренции без законодательного регулирования, так как в таком случае правоприменительная практика будет идти по пути квалификации данных соглашений в качестве непоименованных гражданско-правовых, что при отсутствии гарантий, предусмотренных трудовым законодательством, может нести для работников более негативные последствия.

Таким образом, необходимо задуматься о введении подобной конструкции в трудовое законодательство. Соглашения о неконкуренции — эффективный инструмент достижения баланса интересов, который показал свою результативность в зарубежных юрисдикциях. Однако отметим, что на данный момент «жизнеспособность» подобных соглашений в России — это только лишь идея, предложение, которое должно пройти проверку временем. При этом современная практика реализации основных принципов трудового права должна учитывать актуальные экономические и социальные реалии. Исходя из наличия судебных споров по поводу подобных соглашений правоприменительные органы уже столкнулись с запросом сторон трудовых отношений на возможность заключения соглашений о неконкуренции, и это знак для законодателя обратить внимание на данный вопрос.

<sup>51</sup> Подобная возможность предусмотрена во Франции (см. *Чудинов О. Р.* Указ. соч. С. 278).

<sup>52</sup> Подобная возможность предусмотрена в Нидерландах (см., например, Dutch Civil Law (DCL) [Электронный ресурс]. Uitgeverij Althea B.V. URL: <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodebook077.htm> (дата обращения: 02.03.2022).

<sup>53</sup> Подобная возможность предусмотрена в Японии (см. *Ogiwara Y.* Multi-Country Survey on Covenants Not to Compete (Japan) [Электронный ресурс]. Greenberg Traurig LLP, 01.03.2018. URL: <https://www.gtllaw.com/en/-/media/files/insights/alerts/2018/3/gtnoncompeteeuroinforpak.pdf> (дата обращения: 28.02.2022).

<sup>54</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации». Бюллетень Верховного Суда РФ, 2004. № 6.

<sup>55</sup> *Аббасова Е. В., Васильев В. А.* Некоторые вопросы соотношения трудового права и смежных отраслей права // Вестник ЮУрГУ. Серия: Право. 2021. Т. 21. № 1. С. 47.

<sup>56</sup> *Аббасова Е. В., Васильев В. А.* Указ. соч. С. 47.



## Литература

1. Аббасова Е. В., Васильев В. А. Некоторые вопросы соотношения трудового права и смежных отраслей права. Вестник ЮУрГУ. Серия: Право. 2021. Т. 21, № 1. С. 47–50.
2. Алсуфьев А. И., Завьялова Е. К. Практики обучения и развития персонала как фактор инновационного развития организации. Вестник Санкт-Петербургского университета. Менеджмент. 2014. № 3. С. 101–134.
3. Басалаева С. П. Правовая природа трудового договора: монография. Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2013. 128 с.
4. Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Ленинград: Academia, 1924. 180 с.
5. Васильев А. Н. Конкуренция в экономике [Электронный ресурс]. Большая российская энциклопедия. URL: <https://bigenc.ru/economics/text/2090644> (дата обращения: 19.02.2022).
6. Васильева С. Работа на два фронта: когда топ уходит к конкуренту. Трудовое право, 2018. № 1. С. 75–87.
7. Жеребцов Р. Н. Соглашение о неконкуренции: российский опыт, риски и возможности для бизнеса [Электронный ресурс]. ЮСС «Система Юрист», 23.04.2020. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=2EGSMZ8Xhkk> (дата обращения: 22.02.2022).
8. Завгородний А. В. Соглашение о неконкуренции с работниками (зарубежный опыт). Петербургский юрист, 2016. № 3. С. 73–81.
9. Кандыба А. А. Соглашения о неконкуренции между работодателем и работником: международный и отечественный опыт. Московский журнал международного права, 2005. № 4. С. 252–259.
10. Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право: учебник для вузов. М.: Дело, 1999. 728 с.
11. Легашова Е. С., Муксинов А. Р. Соглашения о неконкуренции с работниками: английский опыт и российская действительность. Закон, 2010. № 4. С. 51–60.
12. Липковская В. В. Интересы работодателя в трудовом праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 183 с.
13. Лютов Н. Л. Выплаты при увольнении и договоры о неконкуренции с руководящими работниками. Lex Russica, 2017. № 10. С. 123–130.
14. Трудовое право России: учебник для бакалавров / отв. ред. Ю. П. Орловский. М.: Издательство «Юрайт», 2014. 854 с.
15. Уваева М. Воровство технологий уволенными. Трудовое право, 2016. № 2. С. 85–94.
16. Урчуков Р. М. Соглашение о неконкуренции как ограничение свободы труда работников. Трудовое право в России и за рубежом, 2019. № 3. С. 31–34.
17. Фералонтова-Максимова Н. В. Соглашения о неконкуренции: зарубежный опыт и российские перспективы. Трудовые споры, 2010. № 10. С. 40–47.
18. Филиппова И. А. Особенности правового регулирования труда по законодательству России и Франции. Сравнительно-правовое исследование: монография. Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2016. 115 с.
19. Фомина Л. Кому парашют, кому гиля. Налоговые последствия больших выплат топ-менеджерам. Финансовая газета, 2020. № 1. С. 5–7.
20. Чудинов О. Р. Оговорка о неконкуренции как условие трудового договора в соответствии с правом Франции. Ученые записки ОГУ. Серия: Гуманитарные и социальные науки. Орел: изд-во ФГБОУ ВПО «Орловский государственный университет», 2015. № 1 (64). С. 275–279.
21. Швалева Е. С. Ограничение мобильности работников в целях защиты интересов работодателя: соглашения о неконкуренции. Трудовое право в России и за рубежом, 2018. № 3. С. 38–41.
22. Штринева Т. И. Принцип свободы труда на современном этапе развития трудового права (теоретико-правовой аспект). Трудовое право в России и за рубежом, 2019. № 4. С. 11–13.
23. Einem, D., Ogiwara, Y. [et al.]. Multi-Country Survey on Covenants Not to Compete. Greenberg Traurig LLP, 01.03.2018. [Electronic resource]. URL: <https://www.gtlaw.com/en/-/media/files/insights/alerts/2018/3/gtnoncompeteeuroinfopak.pdf> (access date: 28.02.2022).
24. McCoy D., Riley S., Yan J. [et al.]. Summary of Covenants Not to Compete: A Global Perspective. Fenwick & West LLP. [Electronic resource]. URL: [https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS\\_Summary-of-Covenants.pdf](https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS_Summary-of-Covenants.pdf) (access date: 01.03.2022).

## References

1. Abbasova, E. V., Vasilev, V. A. Some Issues of Correlation Between Labor Law and Related Branches of Law [Nekotorye voprosy sootnosheniya trudovogo prava i smezhnykh otraslei prava]. SUSU Bulletin. Law Series [Vestnik YuUrGU. Seriya "Pravo"], 2021. Vol. 21, No. 1. P. 47–50. (In Rus.)
2. Alsufov, A. I., Zavyalova, E. K. Personnel Training and Development Practices as a Factor in the Innovative Development of the Organization [Praktiki obucheniya i razvitiya personala kak faktor innovatsionnogo razvitiya organizatsii]. Bulletin of St. Petersburg University. Management [Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Menedzhment]. 2014. No. 3. P. 101–134. (In Rus.)
3. Basalaeva, S. P. The Legal Nature of an Employment Contract: a Monograph [Pravovaya priroda trudovogo dogovora: monografiya]. Krasnoyarsk: Siberian Federal University [Sib. feder. un-t], 2013. 128 p. (In Rus.)
4. Varshavskii, K. M. Employment Law of USSR [Trudovoe pravo SSSR]. Leningrad: Academia, 1924. 180 p. (In Rus.)
5. Vasilev, A. N. Competition in Economics [Konkurentsiya v ekonomike]. The Big Russian Encyclopedia [Bol'shaya rossiiskaya entsiklopediya]. [Electronic resource]. URL: <https://bigenc.ru/economics/text/2090644> (Access date: 19.02.2022). (In Rus.)



6. Vasileva, S. Working on Two Fronts: When the Top Goes to a Competitor [Rabota na dva fronta: kogda top ukhodit k konkurentu]. Labor law [Trudovoe pravo], 2018. No. 1. P. 75–87. (In Rus.)
7. Zherebtsov, R. N. Non-Competition Agreement: Russian Experience, Risks and Opportunities for Business [Soglashenie o nekonkurentsii: rossiiskii opyt, riski i vozmozhnosti dlya biznesa]. Legal Reference System “System Jurist” [YuSS “Sistema Yurist”]. Dated 23.04.2020. [Electronic resource]. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=2EGSMZ8Xhkk> (Access date: 22.02.2022). (In Rus.)
8. Zavgorodnii, A. V. Non-Competition Agreement with Employees (Foreign Experience) [Soglashenie o nekonkurentsii s rabotnikami (zarubezhnyi opyt)]. The Petersburg Lawyer [Peterburgskii yurist], 2016. No. 3. P. 73–81. (In Rus.)
9. Kandyba, A. A. Non-Competition Agreements Between Employer and Employee: International and Domestic Experience [Soglasheniya o nekonkurentsii mezhdu rabotodatelem i rabotnikom: mezhdunarodnyi i otechestvennyi opyt]. Moscow Journal of International Law [Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava], 2005. No. 4. P. 252–259. (In Rus.)
10. Kiselev, I. Ya. Comparative and International Labor Law: Textbook for Higher Education Institutions [Svornitsa i mezhdunarodnoe trudovoe pravo: uchebnik dlya vuzov]. M.: The Case [Delo], 1999. 728 p. (In Rus.)
11. Legashova, E. S., Muksinov, A. R. Non-Competition Agreements with Employees: English Experience and Russian Reality [Soglasheniya o nekonkurentsii s rabotnikami: angliiskii opyt i rossiiskaya deistvitel'nost']. Statute [Zakon], 2010. No. 4. P. 51–60. (In Rus.)
12. Lipkovskaya, V. V. Employer's Interests in Labor Law: A Candidate of Legal Sciences [Interesy rabotodatelaya v trudovom prave. Dis. ... kand. yurid. nauk]. M., 2011. 183 p. (In Rus.)
13. Lyutov, N. L. The Severance Payments and Non-Competition Agreements with Executive Officers [Vyplaty pri uvol'nenii i dogovory o nekonkurentsii s rukovodyashchimi rabotnikami]. Lex Russica, 2017. No. 10. P. 123–130. (In Rus.)
14. Orlovskij, Yu. P. Labor Law of Russia. Textbook for Bachelors [Trudovoe pravo Rossii: uchebnik dlya bakalavrov]. M.: Izdatelstvo Urait, 2014. 854 p. (In Rus.)
15. Uvaeva, M. Theft of Technology by the Dismissed [Vorovstvo tekhnologii uvolennymi]. Labor Law [Trudovoe pravo], 2016. No. 2. P. 85–94. (In Rus.)
16. Urchukov, R. M. Non-Competition Agreement as a Restriction on Employees' Freedom of Labor [Soglashenie o nekonkurentsii kak ogranichenie svobody truda rabotnikov]. Labor Law in Russia and Abroad [Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom], 2019. No. 3. P. 31–34. (In Rus.)
17. Ferapontova-Maksimova, N. V. Non-Competition Agreements: Foreign Experience and Russian Perspectives [Soglasheniya o nekonkurentsii: zarubezhnyi opyt i rossiiskie perspektivy]. Labor Disputes [Trudovye spory], 2010. No. 10. P. 40–47. (In Rus.)
18. Filippova, I. A. Features of the Legal Regulation of Labor under the Legislation of Russia and France. A Comparative Legal Study [Osobennosti pravovogo regulirovaniya truda po zakonodatel'stvu Rossii i Frantsii. Sravnitel'no-pravovoe issledovanie: monografiya]. Nizhnii Novgorod: Nizhny Novgorod State University [Nizhegorodskii gosuniversitet], 2016. 115 p. (In Rus.)
19. Fomina, L. To some a Parachute, to Others a Weight. Tax Implications of Large Payments to Top Managers [Komu parashyut, komu girya. Nalogovye posledstviya bol'shikh vyplat top-menedzheram]. Financial Newspaper [Finansovaya gazeta], 2020. No. 1. P. 5–7. (In Rus.)
20. Chudinov, O. R. Non-Competition Clause as a Condition of Employment Contract Under French Law [Ogovorka o nekonkurirovanii kak uslovie trudovogo dogovora v sootvetstvii s pravom Frantsii]. Academic notes of the OSU. Series: Humanities and Social Sciences [Uchenye zapiski OGU. Seriya: Gumanitarnye i sotsial'nye nauki]. Orel: Publishing house of FGBOU VPO Oryol State University [Izd-vo FGBOU VPO “Orlovskii gosudarstvennyi universitet”], 2015. No. 1 (64). P. 275–279. (In Rus.)
21. Shvaleva, E. S. Restricting the Mobility of Employees to Protect Employer's Interests: Non-Competition Agreements [Ogranichenie mobil'nosti rabotnikov v tselyakh zashchity interesov rabotodatelaya: soglasheniya o nekonkurentsii]. Labor Law in Russia and Abroad [Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom], 2018. No. 3. P. 38–41. (In Rus.)
22. Shtrineva, T. I. The Principle of Freedom of Labor at the Present Stage of Development of Labor Law (Theoretical and Legal Aspect) [Printsip svobody truda na sovremennom etape razvitiya trudovogo prava (teoretiko-pravovoi aspekt)]. Labor law in Russia and abroad [Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom], 2019. No. 4. P. 11–13. (In rus.)
23. Einem, D., Ogiwara, Y. [et al.]. Multi-Country Survey on Covenants Not to Compete. Greenberg Traurig LLP, 01.03.2018. [Electronic resource]. URL: <https://www.gtlaw.com/en/-/media/files/insights/alerts/2018/3/gtnoncompeteeuroinfoepak.pdf> (access date: 28.02.2022).
24. McCoy D., Riley S., Yan J. [et al.]. Summary of Covenants Not to Compete: A Global Perspective. Fenwick & West LLP. [Electronic resource]. URL: [https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS\\_Summary-of-Covenants.pdf](https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/RS_Summary-of-Covenants.pdf) (access date: 01.03.2022)

# Правосубъектность «электронного лица»: теоретический анализ

Тютчева Евгения Сергеевна

Казанский (Приволжский) федеральный университет (Казань, Российская Федерация)  
магистрант, e-mail: [estiutcheva@mail.ru](mailto:estiutcheva@mail.ru).

## АННОТАЦИЯ

Статья посвящена вопросу возможности использования существующих концепций правосубъектности при конструировании правового статуса искусственного интеллекта. В статье рассматриваются его свойства в сравнении с физическими и юридическими лицами, делается вывод о том, что полное использование правосубъектности таких лиц, как правового базиса при разработке соответствующей правосубъектности у «электронного лица», является некорректным. Отдельно рассмотрен вопрос об ответственности искусственного интеллекта. В работе акцентируется внимание на недопущении смешивания понятий объекта и субъекта права в отношении искусственного интеллекта, обозначаются тенденции в развитии правового регулирования его правосубъектности, делается вывод, что в настоящих современных условиях «электронное лицо» наиболее близко по своему содержанию к понятию «квазисубъект».

**Ключевые слова:** правосубъектность, искусственный интеллект, электронное лицо, ответственность, субъект права, объект права, квазисубъект.

## Legal Personality of an “Electronic Person”: Theoretical Analysis

Evgeniya S. Tiutcheva

Kazan Federal University (Kazan, Russian Federation)  
candidate for a master's degree; e-mail: [estiutcheva@mail.ru](mailto:estiutcheva@mail.ru)

## ABSTRACT

The article is devoted to the question of the possibility of using existing concepts of legal personality in the construction of the legal status of artificial intelligence (AI). The article examines the properties of AI in comparison with individuals and legal entities, and concludes that the full use of their legal personality as a legal basis for the electronic person's legal personality is incorrect. Separately it's considered the issue of the AI's responsibility. The paper focuses on the prevention of mixing the concepts of the object and subject of law in relation to AI, identifies trends in the development of legal regulation of its legal personality, and concludes that in these modern conditions, the “electronic person” is closest in its content to the concept of “quasi-entity”.

**Keywords:** legal personality, legal status, artificial intelligence, electronic person, responsibility, subject of law, object of law, quasi-entity.

В настоящее время тема правосубъектности искусственного интеллекта приобретает особую актуальность, что вызвано стремительным развитием технологий и все большей автономностью различных носителей такого интеллекта (роботов, устройств, систем и т. д.), именуемых также юнитами искусственного интеллекта<sup>1</sup>. В правовой науке, в том числе и на международном уровне, появляются различные исследования и предложения, посвященные «возможному юридическому конструированию и признанию определенной специфической правосубъектности систем искусственного интеллекта»<sup>2</sup>. Интерес к этой теме также подогревают такие часто упоминаемые в научной литературе события как предоставление подданства Саудовской Аравии роботу Софии<sup>3</sup> и активные обсуждения о взаимодействии созданных по человеческому подобию машин и общества.

Так, в 2017 году Европейский Парламент в своей резолюции «Нормы гражданского права о робототехнике»<sup>4</sup> указал на необходимость определить в перспективе для роботов особый правовой статус — статус «электронного лица», предоставляющий им возможность принимать независимые

<sup>1</sup> См.: Морхат П. М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы. Дис. канд. юрид. наук. М.: РГАИС, 2018. С. 5.

<sup>2</sup> Морхат П. М. Правосубъектность юнита искусственного интеллекта: некоторые гражданско-правовые подходы. Вестник Костромского государственного университета, 2018. № 3. С. 280.

<sup>3</sup> См.: Морхат П. М. К вопросу о правосубъектности «электронного лица». Юридические исследования, 2018. № 4. С. 1–7.

<sup>4</sup> См.: European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) [Electronic Электронный ресурс]. URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html) (дата обращения: 03.02.2022).

решения, взаимодействовать с другими субъектами и нести ответственность за свои автономные действия. Это отчасти связано с тем, что искусственный интеллект все больше внедряется в различные социальные практики: медицина, транспорт, договоры (моделирование условий в смарт-контрактах) и др. Эти процессы требуют конкретных инструментов регулирования функционирования юнита, что в первую очередь предполагает решение вопроса о его юридической природе как субъекта или объекта права; поскольку это будет исходной точкой для последующей регламентации его деятельности (действий, бездействий, возможностей их совершения, пределов и т. д.), последствий такой деятельности, а главное, определения роли человека в отношениях, в которых участвует искусственный интеллект.

Однако в настоящий момент проблема надделения юнита свойствами субъекта права трудно решается в силу ряда причин. Одна из них заключается в отсутствии теоретической основы, базовых положений, которые могли бы сконструировать модель правосубъектности искусственного интеллекта, учитывающую его особенности. Существующие концепции правосубъектности, которые предлагаются в качестве такой основы<sup>5</sup>, в полной мере не могут ею выступить, что обосновывается и является предметом исследования данной работы.

Концепция «электронного лица», предлагаемая для урегулирования искусственного интеллекта как субъекта, является качественно новой и ранее неизвестной праву. Джоанна Брайсон, Михалис Диамантис и Томас Грант особо подчеркивают, что введение термина «электронное лицо» указывает на ясное намерение придать некоторым интеллектуальным артефактам (в том числе и юниту искусственного интеллекта) статус личности<sup>6</sup>, а значит, наделять соответствующей правосубъектностью. Учитывая позицию, что сущность (субъект), которая каким-либо образом разумна или сознательна, имеет моральное право на собственный правовой статус<sup>7</sup>, указанная концепция демонстрирует, что приобретающая автономность и саморегулирование система искусственного интеллекта начинает претендовать на то, чтобы иметь определенные способности и права. Несмотря на то, что она не является человеком, может презюмироваться, что система обладает необходимым интеллектом, уровнем психологического развития и даже самосознанием, что и человек, чтобы считаться правосубъектной, а также равна по своим возможностям физическому лицу<sup>8</sup>.

Таким образом, при исследованиях и разработках правового статуса искусственного интеллекта наблюдается использование концепции правосубъектности физического лица. Вопрос о ее применимости является спорным и остается неразрешенным и главным образом касается критериев надделения искусственного интеллекта правосубъектностью и соотношения этих критериев с критериями правосубъектности физического лица.

Считается, что «современный рационалистический подход к человеческой уникальности с точки зрения права на правосубъектность»<sup>9</sup> в общем виде основан на способности человека к сложному мышлению, коммуникации и технологиям<sup>10</sup>. Учитывая, что одна из основных задач искусственного интеллекта — это воспроизведение интеллектуальной деятельности мышления человека<sup>11</sup>, то юнит хоть и не в полной мере в настоящее время, но отвечает заданному критерию. В научной литературе в продолжение этой мысли указывается, что на ранних этапах биологического развития человек тоже не обладает той полнотой мышления, как взрослый человек, но тем не менее признается субъектом права<sup>12</sup>, что свидетельствует о гибкости этого критерия. Однако,

<sup>5</sup> См.: Крысанова Н. В. К вопросу о правосубъектности и правовом развитии искусственного интеллекта / Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал, 2021. № 1. С. 24–25.

<sup>6</sup> См.: Bryson J. J., Diamantis M. E., Grant T. D. Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons [Электронный ресурс]. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 2018. No. 5. URL: [https://www.researchgate.net/publication/320046311\\_Of\\_for\\_and\\_by\\_the\\_people\\_the\\_legal\\_lacuna\\_of\\_synthetic\\_persons](https://www.researchgate.net/publication/320046311_Of_for_and_by_the_people_the_legal_lacuna_of_synthetic_persons) (дата обращения: 03.02.2022).

<sup>7</sup> См.: Weitzenboeck E. M. Electronic Agents and the Formation of Contracts. International Journal of Law and Information Technology, 2001. Vol. 9. No. 3. P. 204–234.

<sup>8</sup> См.: Hubbard F. P. Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts. Temple Law Review, 2011. Vol. 83. P. 405–474.

<sup>9</sup> Морхат П. М. Правосубъектность юнита искусственного интеллекта: некоторые гражданско-правовые подходы. Вестник Костромского государственного университета, 2018. № 3. С. 281.

<sup>10</sup> Hubbard F. P. Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts. Temple Law Review, 2011. Vol. 83. P. 418.

<sup>11</sup> См.: Лаптев В. А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу / Право. Журнал Высшей школы экономики, 2019. № 2. С. 79–102.

<sup>12</sup> См. там же.

несмотря на то, что искусственный интеллект и человека, действительно, объединяет способность думать, в силу совершенно иной природы осуществляется это по-разному и с отличительными возможностями<sup>13</sup>. Соответственно, можно ли поставить знак равенства между физико-химическим процессом мышления человека, осложненным внутренними социально-психологическими регуляторами, и «совершением действий, неотличимых от обдуманых»<sup>14</sup> искусственного интеллекта?

Что касается способности к коммуникации, то есть к общению, то применимость этого критерия также спорна. Если общение сводится исключительно к обмену информацией между субъектами, то такое понимание хотя бы с технологической точки зрения соотносимо с сущностью искусственного интеллекта. Однако учитывая, что характеристики человека не ограничиваются только физико-биологическими, коммуникация предполагает также контакт, который осуществляется через призму внутреннего отношения к миру, «через обогащение субъектом своей жизнью жизни всех других субъектов»<sup>15</sup>. Возможность устанавливать искусственным интеллектом подобные контакты ставится под вопрос, поскольку во многом связана с процессом рефлексии.

В связи с этим еще одной важной характеристикой физического лица как субъекта права выступает самосознание. Именно оно показывает всю многогранность сущности человека, отличает его от других субъектов и объектов права, демонстрирует наличие внутренних регуляторов, которые влияют на деятельность человека, что отражается на его способностях, а значит, правах, обязанностях и ответственности.

Нередко при рассмотрении данного вопроса понятия «сознание» и «самосознание» смешиваются. В связи с чем приводятся доводы о том, что сознание не является необходимым или достаточным условием для правосубъектности, поскольку, с одной стороны, «полностью сознательные физические лица, такие как дети, рабы, были лишены полной правосубъектности, а с другой — люди, временно не обладающие сознанием, например находящиеся в коме или спящие, на этом основании ее не лишаются»<sup>16</sup>, хотя и в некоторых случаях подвергаются довольно резким ограничениям своих прав<sup>17</sup>. Высказываются точки зрения, что принятый на законодательном уровне определенный минимальный стандарт наличия (фиксации) конкретной степени сознания у юнитов искусственного интеллекта мог бы расширить возможности для признания их правосубъектности<sup>18</sup>.

Однако сознание и самосознание представляют собой разные понятия, поскольку последнее не ограничивается только наличием психических процессов, активно участвующих в осмыслении окружающего<sup>19</sup>.

Если обратиться к философии, то для самосознания важным является «выделение человеком себя из объективного мира, осознание и оценка <...> себя как личности, своих поступков, действий, мыслей, чувств»<sup>20</sup>, то есть сопоставление себя и объективного мира.

В своей «жизнедеятельности» с учетом развития технологий робот и любой другой носитель может и не контролироваться человеком, иметь возможность умело копировать и воспроизводить некоторые аналогичные человеческие процессы. Однако юнит не проходит социализацию, у него отсутствует нравственность, интуиция, характер и прочие составляющие физического лица, которые связаны с его осознанием себя, влияют на морально-нравственный багаж и лежат в основе его деятельности и принятии решений. Несмотря на то, что «разумный робот» может считывать данные из окружающей среды, взаимодействовать с внешними условиями и адаптировать свое поведение<sup>21</sup>, обладает высоким уровнем автономии и самокоррекции, у него отсутствует эмоционально-чувственная оценка окружающей действительности, и анализировать информацию через внутренние регуляторы он не способен. Этот аспект является крайне важным при установлении прав, обязанностей и пределов ответственности, которые объективно должны соответствовать возможностям и способностям искусственного интеллекта.

<sup>13</sup> См.: *Иоселиани А. Д.* «Искусственный интеллект» vs человеческий разум. Манускрипт, 2019. Т. 12. С. 104–107.

<sup>14</sup> См.: *Turing A.* Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, 1950. Vol. 59. No. 236. P. 433–460.

<sup>15</sup> Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т. М.: Политиздат, 1991. С. 309.

<sup>16</sup> *Морхат П. М.* Юнит искусственного интеллекта как электронное лицо / Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Юриспруденция, 2018. № 2 С. 63.

<sup>17</sup> *Chopra S., White L.* Artificial Agents — Personhood in Law and Philosophy [Electronic resource]. ESAI, 2004. URL: <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf> (дата обращения: 03.02.2022).

<sup>18</sup> См.: *Willick M. S.* Artificial Intelligence: Some Legal Approaches and Implications. *AI Magazine*, 1983. Vol. 4. № 2. P. 5–16.

<sup>19</sup> Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т. М.: Политиздат, 1991. С. 416.

<sup>20</sup> Там же. С. 398.

<sup>21</sup> См.: *Лаптев В. А.* Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу / Право. Журнал Высшей школы экономики, 2019. № 2. С. 79–102.

Если обратиться к такой широко известной фикции, как юридическое лицо, то она также не может выступить аналогией для конструирования правосубъектности искусственного интеллекта. Существенным различием юнита и юридического лица является отсутствие материальной формы последнего. Де-факто воля и действия физических лиц, стоящих за юридическим лицом, трансформируются в его действия и волю, что исключает их полное независимое друг от друга существование, отсутствие возможности физического лица контролировать юридическое лицо и позволяет последнему реализовывать все элементы правосубъектности.

Однако в отношении юнита ситуация осложняется его материальным воплощением, способностью к самостоятельному воспроизведению действий, отсутствием полноценного контроля со стороны физического лица, в связи с чем наделять искусственный интеллект статусом субъекта, используя конструкцию правосубъектности юридического лица, возможно только с технической точки зрения (фикции). Однако решение технического вопроса не объясняет в полной мере юридическую природу такого наделяния, которая несопоставима у юнита и юридического лица.

При исследовании правосубъектности важно также уделить внимание вопросу юридической ответственности. В существующих «правовых и социальных условиях вопрос о гипотетической ответственности искусственного интеллекта <...> по мнению ряда ученых, носит тупиковый характер»<sup>22</sup>.

Прежде всего, это вызвано невозможностью юнита соответствовать всем необходимым условиям наступления юридической ответственности. В первую очередь, это касается такого условия, как вина, поскольку она предполагает субъективную оценку своих действий, отношение к ним, что напрямую связано с процессами самосознания и рефлексии, которые, как уже было отмечено ранее, отсутствуют у систем искусственного интеллекта.

К примеру, Г. Халлеви, рассуждая об уголовной ответственности искусственного интеллекта, подчеркивал, что важным является такой элемент ответственности, как субъективная сторона преступления, которая отсутствует у последнего ввиду невозможности осознавать им последствия своих вредных действий<sup>23</sup>. Эта позиция применима и к гражданским правоотношениям, где условием гражданско-правовой ответственности тоже выступает вина.

Кроме того, основанием возникновения юридической ответственности является правонарушение (деяние) и, как следствие, одним из условий ее наступления является противоправность. Однако учитывая, что статус искусственного интеллекта не определен, оценка его деяния с точки зрения противоправности, в том числе во взаимосвязи с другими условиями, в совокупности с которыми правонарушение приобретает правовое значение, становится невозможным, поскольку ответственность объекта права исключена. Решение этой задачи также стимулирует необходимость четкого определения статуса искусственного интеллекта.

В таких условиях законодатель возлагает ответственность за правонарушительные последствия функционирования промышленных роботов на их владельцев, производителей или операторов<sup>24</sup>. В рекомендациях Парламентской ассамблеи Совета Европы «Слияние с технологиями, искусственный интеллект и права человека» от 28 апреля 2017 г. № 2102<sup>25</sup> также прямо указано, что ответственность за деяния искусственного интеллекта лежит на человеке независимо от обстоятельств произошедшего.

Таким образом, возникают вопросы о том, необходимо ли наделять правосубъектностью физического лица искусственный интеллект, если поставить знак равенства между деликтоспособностью физических и «электронных лиц» объективно невозможно? Не отвечает на такие вопросы и модель юридического лица. Несмотря на то, что его главная особенность заключается в ограниченности ответственности, так или иначе эта грань стирается (например, внедрением доктрины прокалывания корпоративной вуали), всё больше демонстрируя, что деятельность физических лиц непосредственно влияет и составляет ядро деятельности юридического лица. Однако такого нельзя сказать о юнитах, становящихся все более независимыми и самостоятельными материальными сущностями.

<sup>22</sup> Шестак В. А., Волеводз А. Г. Современные потребности правового обеспечения искусственного интеллекта: взгляд из России. Всероссийский криминологический журнал, 2019. Т. 13. С. 202.

<sup>23</sup> См.: Hallevy G. Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems. Dordrecht: Springer, 2015. 262 p.

<sup>24</sup> См. Ястребов О. А. Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы. Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сб. материалов к XII Ежегод. науч. чтением памяти проф. С. Н. Братуся. 2017. С. 271–274.

<sup>25</sup> См. Recommendation of Parliamentary Assembly of the Council of Europe [Electronic resource]. Technological Convergence, Artificial Intelligence and Human Rights, 2017. No. 2102. URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23726&lang=en> (дата обращения: 03.02.2022).



Проблема ответственности юнита осложняется также и тем, что затрагивает такие важные блага, как жизнь и здоровье, поскольку наиболее ощутимо влияние искусственного интеллекта в социальной действительности в его взаимодействиях с физическим лицом (медицинские вмешательства, управление транспортными средствами и пр.). Высокая автономность, адаптация, самокоррекция, но в то же время отсутствие полного контроля и исчерпывающих знаний делают контакт юнита и человека непредсказуемым, нуждающимся в повышенной защите. Использование искусственного интеллекта в различных системах автоматически относит объекты, на базе которых они функционируют, к объектам повышенной опасности, например транспортные средства, управление которыми осуществляется с использованием юнитов. Эти объекты используются в деятельности человека, а соответственно, потенциально могут создать угрозу его жизни и здоровью. Особенности искусственного интеллекта, демонстрирующие высокий уровень вариативности действий, их независимость, но при этом исключая осознанность им этих действий, не позволяют строить механизм правового регулирования в части ответственности по существующим моделям. Учитывая, что указанные блага являются важнейшими, вопросы регулирования общественных отношений, связанных с ними, для права являются приоритетными.

Широко известным инцидентом, выступающим ярким примером сказанному, стало произошедшее в США столкновение беспилотного автомобиля и велосипедиста, повлекшее смерть последнего<sup>26</sup>. По мере установления определенных фактов и обстоятельств вопрос об ответственности периодически менял свой вектор. В 2018 г. обвинение было предъявлено компании Uber, которая осуществляла тестирование беспилотных автомобилей и внедряла их в социальную жизнь (в том числе и участвовавшего в ДТП). В качестве доказательной базы использовались ссылки на различные недостатки в функционале транспортного средства на базе искусственного интеллекта. Однако в 2020 г. лицо, привлекаемое к ответственности, сменилось, и обвинение в причинении смерти по неосторожности было предъявлено водителю, поскольку было установлено, что лицо не соблюдало требования безопасности (отвлечение водителя, отсутствие наблюдения и возможного контроля функционирования транспортного средства и пр.)<sup>27</sup>. В настоящее время окончательное решение по делу не вынесено, однако важным является то, что юнит изначально не рассматривался как субъект указанных отношений, а выступал в роли объекта — источника повышенной опасности. Несмотря на широкие возможности искусственного интеллекта, отсутствие у него самосознания возлагает обязанность контроля и полного соблюдения всех необходимых требований на оператора и играет решающую роль при выяснении ответственного лица.

Поэтому законодатель хоть и ищет варианты наделения юнита, например, гражданскими правами и обязанностями, привлечение его к ответственности не предусматривает, оставляя его правовой статус на стыке объекта и субъекта права. По этой же причине нормативное регулирование в сфере искусственного интеллекта крайне мало, а предпринятые попытки закрепить его проявления в социальной жизни жестко оговариваются. При этом наблюдается тенденция возложения ответственности, прежде всего, на оператора (водителя) как на лицо, обладающее преимуществами осознанности и самосознания, способное контролировать (хоть и ограниченно) и своевременно вмешиваться в чрезвычайную ситуацию. Об этом свидетельствует не только приведенный пример, но и нормативные правовые акты различных государств. Так, например, в Германии в Законе о легализации автоматических транспортных средств<sup>28</sup> сохраняется ответственность *halter* (водителя, владельца) при использовании беспилотных транспортных средств. В Российской Федерации законодатель также особо подчеркивает, что «человеческий фактор, как и в процессе традиционного ручного управления, по-прежнему сохраняет свою ключевую роль в обеспечении безопасности дорожного движения высокоавтоматизированных транспортных средств»<sup>29</sup>, а Постановление Правительства РФ от 26.11.2018 № 1415 «О проведении эксперимента по опытной

<sup>26</sup> См.: Driverless Uber Car “not to Blame” for Woman’s Death. The Times. URL: <https://www.thetimes.co.uk/article/driverless-uber-car-not-to-blame-for-woman-s-death-klkbt7vf0> [Electronic resource] (дата обращения: 02.02.2022).

<sup>27</sup> См.: Safety Driver in 2018 Uber Crash is Charged with Negligent Homicide. ArsTechnica [Electronic resource]. URL: <https://arstechnica.com/cars/2020/09/arizona-prosecutes-uber-safety-driver-but-not-uber-for-fatal-2018-crash/> (дата обращения: 02.02.2022).

<sup>28</sup> См.: Achten Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes 20.06.2017 [Electronic resource]. URL: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl217s0682.pdf%27%5D\\_1633592800793](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl217s0682.pdf%27%5D_1633592800793) (дата обращения: 03.02.2022).

<sup>29</sup> Распоряжение Правительства РФ от 25.03.2020 № 724-р «Об утверждении Концепции обеспечения безопасности дорожного движения с участием беспилотных транспортных средств на автомобильных дорогах общего пользования». Собрание законодательства Российской Федерации. 30.03.2020. № 13. Ст. 1995.

эксплуатации на автомобильных дорогах общего пользования высокоавтоматизированных транспортных средств» содержит обязательные требования к необходимой профессиональной квалификации водителей транспортных средств<sup>30</sup>. Несмотря на то, что изготовители также могут отвечать за вред, причиненный конструктивными недостатками объекта, предугадать поведение юнита и его взаимосвязь с этими недостатками крайне сложно, в связи с чем большая часть вопросов об ответственности касается именно оператора.

Иногда в литературе встречаются идеи о «цифровой ответственности» роботов<sup>31</sup>, однако насколько это в действительности может отвечать целям привлечения к юридической ответственности и может быть согласовано с существующими концепциями правосубъектности физических и юридических лиц, которые не несут цифровую ответственность в том смысле, который предполагается в отношении искусственного интеллекта?

Кроме того, Алжбета Краузова отмечает, что остаются вопросы о последствиях создания правового статуса «электронного лица» — в частности, не приведет ли это к нарушению функционирования общества и использованию отдельными субъектами такого статуса с целью уклонения от личной ответственности<sup>32</sup>.

Некоторые исследователи указывают, что при определении особенностей правового статуса «электронного лица» необходимо учитывать, что такое лицо может представлять собой интегральное сочетание одновременно субъекта права и объекта права<sup>33</sup>, однако такая точка зрения вступает в конфронтацию с пониманием места искусственного интеллекта в правовом поле и порождает вопросы, где заканчивается объект и начинается субъект и каким образом это регулировать. Также подобное сочетание может привести к смешению категорий субъекта и объекта (как элементов) в правоотношениях.

Концепция «электронного лица» как технико-юридического образа<sup>34</sup> предлагает совершенно иное понимание искусственного интеллекта как явления, однако не позиционирует себя как концепцию правосубъектности. При этом образ не может заменить собой субъект или объект. Выстроенная модель доминирования субъекта над объектом и возможность совершения с ним определенных действий вынуждает к четкому определению положения искусственного интеллекта с точки зрения отнесения к объекту или субъекту.

Важно и то, что признание юнита субъектом не только затрагивает вопросы экономической целесообразности<sup>35</sup>, но и влечет правовые последствия в виде определения круга прав и обязанностей, что не ограничивается только закреплением их де-юре, но и требует инструментов их реализации и обеспечения. Права и обязанности находятся во взаимосвязи с юридической ответственностью, в рамках которой в том числе преследуется цель разделения этой ответственности между человеком и искусственным интеллектом. Все это требует конкретных, эффективных и объективно работающих инструментов регулирования юнитов, что в первую очередь предполагает решение вопроса об их юридической природе. Однако путь наделяния юнита свойствами субъекта права не может повторять существующие модели правосубъектности физического и юридического лиц ввиду различной природы, характеристик и особенностей систем искусственного интеллекта. Таким образом, конструирование правового статуса «электронного лица» путем абсолютного использования концепций правосубъектности физического и юридического лица является необоснованным.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы:

1. Различные существенные характеристики физических, юридических лиц и искусственного интеллекта (электронного лица), а как следствие, несовпадение критериев наделяния их статусом субъекта права, препятствуют отождествлению таких лиц с правовой точки зрения.

<sup>30</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 26.11.2018 № 1415 «О проведении эксперимента по опытной эксплуатации на автомобильных дорогах общего пользования высокоавтоматизированных транспортных средств». Сборник законодательства Российской Федерации. 03.12.2018. № 49. Ст. 7619.

<sup>31</sup> См.: *Лаптев В. А.* Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу / Право. Журнал Высшей школы экономики, 2019. № 2 С. 79–102.

<sup>32</sup> См.: *Krausova A.* Intersections Between Law and Artificial Intelligence. International Journal of Computer, 2017. Vol. 27. №. 1. P. 55–68.

<sup>33</sup> См.: *Лаптев В. А.* Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу / Право. Журнал Высшей школы экономики, 2019. № 2 С. 79–102.

<sup>34</sup> См.: *Морхат П. М.* Правосубъектность юнита искусственного интеллекта: некоторые гражданско-правовые подходы. Вестник Костромского государственного университета, 2018. № 3. С. 280–283.

<sup>35</sup> См.: *Гаджиев Г. А.* Является ли робот-агент лицом? (Поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики). Журнал российского права, 2018. № 1. С. 102–107.

Это приводит к тому, что существующие концепции правосубъектности в отношении юнитов не имеют своего действия и смоделировать конструкцию правосубъектности «электронного лица» на настоящем этапе, основываясь на таких концепциях, не представляется эффективным.

2. Искусственный интеллект имеет свои специфические особенности, главная из которых заключается в отсутствии самосознания, а как следствие, воли и морально-нравственного багажа (других источников воплощения такой воли), что выступает препятствием для решения вопросов дееспособности и воледееспособности на настоящем этапе развития общественных отношений.
3. Ввиду несоответствия искусственного интеллекта всем условиям юридической ответственности, в первую очередь условию вины, искусственный интеллект лишен деликтоспособности, а ответственность за его проявления в социальной действительности возложена на физическое лицо.

Несмотря на то, что изменения, в рамках которых признается правосубъектность новых юнитов, являются реакцией на культурные и экономические трансформации, не результатом какого-либо предварительного планирования общества<sup>36</sup>, а юнит сохраняет свою позицию в качестве объекта права, необходимость регламентации проявлений искусственного интеллекта (его свойств как субъекта) в правовом пространстве все же присутствует. Это подтверждает современная действительность, где скорость модернизации общественных отношений определяется лишь интенсивностью развития технологий, которая уже достигает больших значений.

Анализируя вышеизложенное, юнит искусственного интеллекта в современных ограниченных условиях в части предпосылок урегулирования его как субъекта права наиболее близок в своем развитии к понятию «квазисубъекта».

Поскольку для квазисубъекта характерно следующее<sup>37</sup>:

1. Как официальное, так и неофициальное признание правоспособности, что отражает попытки моделирования статуса искусственного интеллекта в нормативных правовых актах, а также в различных проектах и актах рекомендательного характера.
2. Обладание лишь некоторыми признаками правосубъектности при отсутствии других.
3. Отведение ему особой роли в виде наделения прав, в отсутствие других компонентов, таких как юридические обязанности и ответственность, свойственных субъекту права, что отражает ранее изложенные позиции, в частности о невозможности искусственного интеллекта нести ответственность за совершенные действия.

Статус электронного лица как квазисубъекта будет предметом дальнейших исследований, однако стоит отметить, что такой статус не ограничивает дальнейшее развитие искусственного интеллекта по мере решения связанных с ним правовых проблем.

## Литература

1. Гаджиев Г. А. Является ли робот-агент лицом? (Поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики). Журнал российского права, 2018. № 1. С. 15–30. DOI: 10.12737/a^\_2018\_1\_2.
2. Иоселиани А. Д. «Искусственный интеллект» vs человеческий разум. Манускрипт, 2019. Т. 12. С. 102–107.
3. Крысанова Н. В. К вопросу о правосубъектности и правовом развитии искусственного интеллекта. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал, 2021. № 1. С. 23–31. DOI: 10.31249/rgpravo/2021.01.02.
4. Лаптев В. А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 79–102. DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.79.102.
5. Морхат П. М. К вопросу о правосубъектности «электронного лица». Юридические исследования. 2018. № 4. С. 1–7. DOI: 10.25136/2409-7136.2018.4.25647.
6. Морхат П. М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы. Дис. ... канд. юрид. наук. М.: РГАИС, 2018.
7. Морхат П. М. Правосубъектность юнита искусственного интеллекта: некоторые гражданско-правовые подходы. Вестник Костромского государственного университета, 2018. № 3. С. 280–283.
8. Морхат П. М. Юнит искусственного интеллекта как электронное лицо. Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Юриспруденция. 2018. № 2. С. 61–73. DOI: 10.18384/2310-6794-2018-2-61-73.

<sup>36</sup> См.: Willick M. S. Artificial Intelligence: Some Legal Approaches and Implications. AI Magazine, 1983. Vol. 4. № 2. P. 5–16.

<sup>37</sup> Пономарева Е. В. Субъекты и квазисубъекты права: теоретико-правовые проблемы разграничения. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург.: УрГЮУ, 2019. С. 9–10.

9. Пономарева Е. В. Субъекты и квазисубъекты права: теоретико-правовые проблемы разграничения. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург: УрГЮУ, 2019.
10. Шестак В. А., Волеводз А. Г. Современные потребности правового обеспечения искусственного интеллекта: взгляд из России. *Всероссийский криминологический журнал*, 2019. Т. 13. С. 197–206. DOI: 10.17150/2500-4255.2019.13(2).197-206.
11. Ястребов О. А. Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы. Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сб. материалов к XII Ежегод. науч. чтениям памяти проф. С. Н. Братуся. М.: Статут, 2017. С. 271–283.
12. Bryson J. J., Diamantis M. E., Grant T. D. Of, for, and by the People: the Legal Lacuna of Synthetic Persons [Electronic resource]. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 2018. No. 5. URL: [https://www.researchgate.net/publication/320046311\\_Of\\_for\\_and\\_by\\_the\\_people\\_the\\_legal\\_lacuna\\_of\\_synthetic\\_persons](https://www.researchgate.net/publication/320046311_Of_for_and_by_the_people_the_legal_lacuna_of_synthetic_persons) (дата обращения: 03.02.2022). DOI: 10.1007/s10506-017-9214-9.
13. Chopra S., White L. Artificial Agents — Personhood in Law and Philosophy [Electronic resource]. ESAI, 2004. URL: <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf> (дата обращения: 03.02.2022).
14. Hallevy G. Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems. Dordrecht: Springer, 2015. 262 p.
15. Hubbard F. P. Do androids dream? Personhood and Intelligent Artifacts. *Temple Law Review*, 2011. Vol. 83. P. 405–474.
16. Krausova A. Intersections Between Law and Artificial Intelligence. *International Journal of Computer*, 2017. Vol. 27. No. 1. P. 55–68.
17. Turing A. Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, 1950. Vol. 59. No. 236. P. 433–460.
18. Weitzenboeck E. M. Electronic Agents and the Formation of Contracts. *International Journal of Law and Information Technology*, 2001. Vol. 9. No. 3. P. 204–234.
19. Willick M. S. Artificial Intelligence: Some Legal Approaches and Implications. *AI Magazine*, 1983. Vol. 4. No. 2. P. 5–16.

## References

1. Gadzhiev, G. A. Is Robot Agent a Person? (Search for Legal Forms to Regulate the Digital Economy) [Yavlyaetsya li robot-agent licom? (Poisk pravovyh form dlya regulirovaniya cifrovoj ekonomiki)]. *Journal of Russian Law [Zhurnal Rossiiskogo prava]*, 2018. No. 1, P. 15–30. (In Rus.)
2. Ioseliani, A. D. “Artificial Intelligence” vs Human Intelligence [Iskusstvennyj intellekt vs chelovecheskij razum]. *Manuskript [Manuskript]*, 2019. Vol. 12. P. 102–107. (In Rus.)
3. Krysanova, N. V. On the Issue of Legal Personality and Legal Development of Artificial Intelligence [K voprosu o pravosub"ektnosti i pravovom razvitii iskusstvennogo intellekta]. *Social sciences and humanities. Domestic and foreign literature. Ser. 4: State and Law. Abstract journal [Social'nye i gumanitarnye nauki. Otechestvennaya i zarubezhnaya literatura. Seriya 4: Gosudarstvo i pravo. Referativnyj zhurnal]*, 2021. № 1. P. 23–31. (In Rus.)
4. Laptev, V. A. Artificial Intelligence and Liability for Its Work [Ponyatie iskusstvennogo intellekta i yuridicheskaya otvetstvennost' za ego rabotu]. *Law. Journal of the Higher School of Economics [Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki]*, 2019. No. 2. P. 79–102. (In Rus.)
5. Morkhat, P. M. To the Question of the Legal Personality of an “Electronic Person” [K voprosu o pravosub"ektnosti “elektronnogo lica”]. *Legal research [Yuridicheskie issledovaniya]*, 2018. No. 4. P. 1–7. (In rus)
6. Morkhat, P. M. The Legal Personality of Artificial Intelligence in the Field of Intellectual Property Law: Civil Law Problems [Pravosub"ektnost' iskusstvennogo intellekta v sfere prava intellektual'noj sobstvennosti: grazhdansko-pravovye problem]. *Thesis. ... Cand. of Law Sciences. M., 2018.*
7. Morkhat, P. M. The Legal Personality of the Artificial Intelligence Unit: Some Civil Law Approaches [Pravosub"ektnost' yunita iskusstvennogo intellekta: nekotorye grazhdansko-pravovye podhody]. *Bulletin of Kostroma State University [Vestnik Kostromskogo Gosudarstvennogo Universiteta]*, 2018. No. 3. P. 280–283. (In Rus.)
8. Morkhat, P. M. Artificial Intelligence Unit as Electronic Personality [Yunit iskusstvennogo intellekta kak elektronnoe oblastnogo universiteta. Seriya: Yurisprudenciya], 2018. No. 2. P. 61–73. (In Rus.)
9. Ponomareva, E. V. Subjects and quasi-subjects of law: theoretical and legal problems of differentiation [Sub"ekty i kvazisub"ekty prava: teoretiko-pravovye problemy razgranicheniya]. *Thesis. ... Cand. of Law Sciences. Yekaterinburg, 2019.* (In Rus.)
10. Shestak, V. A., Volevodz, A. G. Modern requirements of the legal support of artificial intelligence: a view from Russia [Sovremennye potrebnosti pravovogo obespecheniya iskusstvennogo intellekta: vzglyad iz Rossii]. *Russian Journal of Criminology [Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal]*, 2019. Vol. 13. P. 197–206. (In Rus.) DOI: 10.17150/2500-4255.2019.13(2).197-206.
11. Yastrebov, O. A. Artificial intelligence in the legal space: conceptual and theoretical approaches [Iskusstvennyj intellekt v pravovom prostranstve: konceptual'nye i teoreticheskie podhody]. *Legal personality: general theoretical, sectoral and international legal analysis: collection of materials for the 12th annual scientific readings of the memory of Prof. S. N. Bratus [Pravosub"ektnost': obshcheteoreticheskij, otraslevoj i mezhdunarodno-pravovoj analiz: sb. materialov k 12-m ezhegod. nach. chteniyam pamyati prof. S.N. Bratusya]*. 2017. P. 271–274. (In Rus.)
12. Bryson, J. J., Diamantis, M. E., Grant, T. D. Of, for, and by the People: the Legal Lacuna of Synthetic Persons [Electronic resource]. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 2018. No. 5. URL: [https://www.researchgate.net/publication/320046311\\_Of\\_for\\_and\\_by\\_the\\_people\\_the\\_legal\\_lacuna\\_of\\_synthetic\\_persons](https://www.researchgate.net/publication/320046311_Of_for_and_by_the_people_the_legal_lacuna_of_synthetic_persons) (Access date: 03.02.2022). DOI: 10.1007/s10506-017-9214-9.

13. Chopra, S., White, L. Artificial Agents — Personhood in Law and Philosophy [Electronic resource]. ESAI, 2004. URL: <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf> (Access date: 03.02.2022).
14. Hallevy, G. Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems. Dordrecht: Springer, 2015. 262 p.
15. Hubbard, F. P. Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts. Temple Law Review, 2011. Vol. 83. P. 405–474.
16. Krausova, A. Intersections Between Law and Artificial Intelligence. International Journal of Computer, 2017. Vol. 27. No. 1. P. 55–68.
17. Turing, A. Computing Machinery and Intelligence. Mind, 1950. Vol. 59. No. 236. P. 433–460.
18. Weitzenboeck, E. M. Electronic Agents and the Formation of Contracts. International Journal of Law and Information Technology, 2001. Vol. 9. No. 3. P. 204–234.
19. Willick, M. S. Artificial Intelligence: Some Legal Approaches and Implications. AI Magazine, 1983. Vol. 4. No. 2. P. 5–16.



# Нормативное формирование экономических преимуществ организации труда на федеральной территории

**Майборода Виктор Александрович**

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Россия)  
 доцент кафедры правоведения, судья областного суда в отставке, кандидат юридических наук,  
 e-mail: mayboroda-va@ranepa.ru.

## АННОТАЦИЯ

В настоящем исследовании на основе системного анализа нормативного регулирования особенностей организации публичной власти на федеральной территории во взаимодействии со специальными правовыми режимами отдельных видов экономической деятельности выявлены основы к формированию экономических преимуществ организации труда в отдельных отраслях экономики. Соответственно, сами по себе особенности организации публичной власти обуславливают режимы экономической деятельности, позволяющие рационально организовать трудовую деятельность, которая становится чертой федеральной территории, отличающей ее от иных специальных экономических режимов (территории опережающего развития, особые экономические зоны и др.).

*Ключевые слова:* федеральная территория «Сириус», конкуренция, развитие территории, органы публичной власти.

## Normative Formation of Economic Advantages of Labor Organization in the Federal Territory

**Viktor A. Mayboroda**

North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russia)  
 Associate Professor of the Department of Jurisprudence, retired judge of the regional court, Candidate of Legal Sciences;  
 e-mail: mayboroda-va@ranepa.ru.

## ABSTRACT

In this study, on the basis of a systematic analysis of the regulatory regulation of the features of the organization of public power in the federal territory, in cooperation with special legal regimes of certain types of economic activity, the foundations for the formation of economic advantages of labor organization in certain sectors of the economy are revealed. Accordingly, the very features of the organization of public power determine the regimes of economic activity that allow the rational organization of labor activity, which in itself becomes a distinctive feature of the federal territory, distinguishing it from other special economic regimes (territories of advanced development, special economic zones, etc.).

*Keywords:* the federal territory “Sirius”, competition, development of the territory, public authorities.

Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» переформулирована ч. 1 ст. 67 Конституции. Норма дополнена новыми положениями о том, что на территории Российской Федерации в соответствии с федеральным законом могут быть созданы федеральные территории. Организация публичной власти на федеральных территориях устанавливается федеральным законом, первый из которых был принят 22 декабря 2020 г.: Федеральный закон № 437-ФЗ «О федеральной территории «Сириус»» (далее — Закон № 437-ФЗ). В России создана первая одноименная федеральная территория. В соответствии со ст. 2 Закона № 437 определено, что федеральная территория «Сириус» является имеющим общегосударственное стратегическое значение публично-правовым образованием.

Конституционная поправка не раскрыла значение термина «органы публичной власти», но неоднократно использовала его: в ч. 1 ст. 67; п. «г» ст. 71; ч. 2 ст. 80; п. «е.5» ст. 83; ч. 3 ст. 131; ч. 3 ст. 132. Достаточно неожиданным явилось представление смысла данного термина в ст. 2 Федерального закона от 8 декабря 2020 г. № 394-ФЗ «О Государственном Совете Российской Федерации», согласно которой единой системой публичной власти являются федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, иные государственные органы, органы местного самоуправления в их совокупности, осуществляющие в конституционно установленных пределах на основе принципов согласованного функционирования и устанавливаемого на основании Конституции Российской Федерации и в соответствии с законодательством организационно-правового, функционального и финансово-бюджетного взаимодействия, в том числе по вопросам передачи полномочий между уровнями публичной власти,

свою деятельность в целях соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина, создания условий для социально-экономического развития государства.

Неожиданность закрепления приведенной нормы в законе, определяющем статус Государственного Совета Российской Федерации, разъяснилась с принятием Федерального закона от 21 декабря 2021 г. № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» и работой законодателя над законопроектом № 40361-8 «Об общих принципах организации местного самоуправления в единой системе публичной власти»<sup>1</sup>. Согласно положениям данных актов Государственный Совет Российской Федерации — орган, обеспечивающий проведение согласительных процедур для разрешения разногласий между федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления, в том числе по вопросам передачи полномочий между указанными органами в целях достижения согласованного их решения.

По существу именно Государственный Совет Российской Федерации является системным органом, объединяющим органы государственной власти и местного самоуправления в единую систему публичной власти Российской Федерации. В таком понимании следует расценивать модальность Государственного Совета Российской Федерации. В качестве самостоятельного органа он возникает лишь для проведения заседаний, а обеспечение его текущей работы осуществляется аппаратом, ведущим деятельность на постоянной основе: Управлением Президента Российской Федерации по обеспечению деятельности Государственного Совета Российской Федерации, в задачи которого входит информационно-аналитическое и организационное обеспечение деятельности Государственного Совета, президиума Государственного Совета, Совета по спорту, их рабочих органов, а также обеспечение в пределах своей компетенции мероприятий с участием Президента Российской Федерации<sup>2</sup>.

Решения непосредственно Государственного Совета Российской Федерации носят рекомендательный характер, однако процедурно результаты этих решений являются поручениями Председателя Государственного Совета Российской Федерации, то есть поручениями Президента Российской Федерации. Соответственно, легитимация названных решений в сфере компетенции Государственного Совета Российской Федерации в фактическом смысле носит отнюдь не рекомендательный, а самый настоящий обязательный к исполнению характер. То есть обеспечение единства публичной власти в настоящее время носит скорее фактический, нежели нормативистский характер, обеспечивая ее институализацию в систему публичного регулирования самой природой власти, нежели традиционными нормами, чья обязательность исполнения обеспечивается аппаратом государственного принуждения.

Более того, контент-анализ регулирования объединения государственных органов и муниципальных органов в единую систему публичной власти позволяет с определенностью заключить, что судебная власть лиц, ее осуществляющих (судей, присяжных и арбитражных заседателей), не входит в единую систему органов публичной власти Российской Федерации<sup>3</sup>.

Применительно к особенностям организации публичной власти на федеральной территории необходимо отметить, что, согласно ч. 1 ст. 8 Закона № 437-ФЗ, полномочия скомпилированы из отдельных полномочий Российской Федерации по ее предметам ведения, из отдельных федеральных полномочий, переданных субъектам Федерации, из отдельных совместных полномочий России и субъекта, из полномочий субъекта РФ (Краснодарского края) за поименованными изъятиями и практически из всех полномочий органов местного самоуправления городского округа Сочи, определенных Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», другими федеральными законами<sup>4</sup>.

Особо укажем, что одно из прав федеральной территории — установление специального правового регулирования в отдельных сферах данного регулирования, общий перечень которых приведен в ч. 1 ст. 44 Закона № 437-ФЗ.

В исторической ретроспективе следует отметить, что приведенное регулирование смешения полномочий, их делегирование в целях стимулирования экономического роста либо развития

<sup>1</sup> Система обеспечения законодательной деятельности [Электронный ресурс]. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/40361-8> (дата обращения: 11.01.2022).

<sup>2</sup> Официальный сайт Президента Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.kremlin.ru/structure/administration/departments#department-1020> (дата обращения: 19.05.2022).

<sup>3</sup> Майборода В. А. Подсудность правовых актов органов публичной власти федеральной территории, принимаемых по согласованию // Судья, 2022. № 1. С. 51–56.

<sup>4</sup> Чуклин А. В. К вопросу об организации публичной власти на федеральной территории // Конституционное и муниципальное право, 2021. № 10. С. 11–14.

территории не является новшеством в законодательстве Российской Федерации. Стоит упомянуть, что первоначальной пробой выступило создание публично-правовых компаний. В силу Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в гражданский оборот был введен новый вид юридического лица, прямо наделявшийся возможностями осуществления иных функций и полномочий публично-правового характера. Да, названный закон в этой весьма спорной части манипулирует достаточно размытыми эвфемизмами, используя приведенную формулировку, однако никакие обобщенные формулы не могут скрыть того факта, что при создании публично-правовой компании происходит создание специального субъекта, который не входит в перечень органов государственной власти, но в то же время вовлечен в сферу ее осуществления. В связи с этим нельзя согласиться с мнением Э. В. Талапиной о том, что такое перестроение государственного управления суть «направление реализации политики нового государственного управления»<sup>5</sup>, потому что в республике незыблемо обратное: верховный суверен только народ и это он делегирует органу публичной власти возможность управления.

Особым, заслуживающим внимания опытом, попыткой делегирования полномочий публично-правового субъекта выступил Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации», которым были введены указанные категории обособленных территорий, отличающихся от обычного правового режима с целью ускорения их экономического развития. Для этого публичные полномочия в части перераспределяются так называемым управляющим компаниям, которые уполномочены управлять территорией опережающего развития, то есть закон прямо указал, что частно-правовой субъект прямо уполномочен «управлять территорией».

В качестве еще одной «пробы пера» делегирования, передоверия властно-публичных полномочий в системе их перераспределения следует указать концессии — государственно-частные и муниципально-частные партнерства на основе Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Для России концессиональный способ управления не является новеллой: данный институт широко использовался в послереволюционном возрождении экономики<sup>6</sup>.

Также схема передоверия полномочий государства управляющей компании использована в Федеральном законе от 13 июля 2015 г. № 212-ФЗ «О свободном порте Владивосток», в Федеральном законе от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» и в законе от 28 сентября 2010 г. № 244-ФЗ «Об инновационном центре “Сколково”» и в ряде иных случаев, каждый из которых заслуживает отдельного специального исследования. Отметим лишь, что ИНТЦ (инновационные научно-технологические центры), также имеющие управляющие компании в рассматриваемой системе передачи государственных полномочий, расположены несколько особняком, поскольку согласно Федеральному закону от 29 июля 2017 г. № 216-ФЗ «Об инновационных научно-технологических центрах и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» за ними подлежит закреплению не территория как объект публичного права, регулирование которого предполагается преимущественно императивными нормами, а совокупность земельных участков, передаваемых в пользование ИНТЦ распоряжением Правительства России. Под территорией ИНТЦ законодатель понимает совокупность земельных участков (частей земельных участков) с особым правовым режимом осуществления деятельности. Такая территория предназначается для реализации определенного проекта.

Таким образом, изложенное выше означает, что, во-первых, в политике государственного строительства современной Российской Федерации имеется устойчивая тенденция по делегированию публичных полномочий иным лицам (полностью частным, с государственным участием либо специализированным государственным компаниям, но не органам власти) с целью формирования этими лицами таких условий управления, что приведут к экономическому (то есть коммерческому) успеху; во-вторых, делегирование полномочий ограничено исключительно сферой гражданского регулирования и не затрагивает институты, наделенные возможностями принуждения (так называемые силовые); в-третьих, эволюция по делегированию продолжается и ее новым продуктом выступает уже публично-правовое образование — федеральная территория. Опыт же делегирования

<sup>5</sup> Талапина Э. В. Реформы государственного управления: сравнительно-правовой анализ // Правоведение, 2008. № 2. С. 238–253.

<sup>6</sup> Еремин А. А. История становления и развития правового регулирования договора коммерческой концессии в России // История государства и права, 2015. № 2. С. 13–17

обеспечения предоставлению населению услуг, входящих в компетенцию определенного уровня властно-публичной организации, ограничивается дозволениями, воплощаемыми в инструменты лицензирования и аккредитации. Так, например, сфера высшего профессионального образования, входящая в компетенцию Российской Федерации, не предусматривает возложения обязанности по обеспечению нормируемого количества специалистов (бакалавров, магистров) в какой-либо сфере на специальное лицо. Аналогичное регулирование можно встретить и в медицинской сфере, сфере социального обеспечения и тому подобных сферах, предоставление услуг в которых обеспечивается государством и рассматривается в качестве критерия для признания государства социальным.

В связи с этим неизбежным является обобщающий вывод о том, что присутствие государства в экономике России в качестве хозяйствующего субъекта настолько очевидно, что используемые им мобилизационные условия для понуждения к экономическому росту препятствуют экономической конкуренции. Утрата конкуренции снова стимулирует использование административного понуждения к наращиванию производительности. Иначе говоря, частный капитал, частная собственность на средства производства не находится в состоянии экономической конкуренции с публичными активами (капиталом и собственностью) и для обеспечения роста производительности труда, основанного на использовании публичных активов, необходимы иные инструменты, нежели конкуренция с частным капиталом, средствами производства.

Представляется, что именно этими процессами и обуславливается формирование в нормативном регулировании новой правовой конструкции органов публичной власти и нового вида публично-правового образования «федеральная территория». Само такое понуждение, инструменты его правового применения концентрируются в органах публичной власти, чей описываемый статус позволяет преодолеть ординарную сепарацию полномочий и иметь их в распоряжении органа одного уровня властно-публичной организации.

Вместе с тем, наряду с возможностями административного понуждения к экономическому росту посредством объединенного в органах публичной власти свода дифференцированных в ординарном правопорядке полномочий, имеется у федеральной территории и возможность установления специальных правовых режимов в поименованных выше областях регулирования. В настоящее время особенности режима определены в области градостроительной деятельности ст. 6.1. Закона № 437-ФЗ. Не затрагивая существа данных особенностей, анализу которых посвящено отдельное исследование<sup>7</sup>, укажем, что сами по себе эти особенности, возможность их осуществления открыли окно для реализации конкурентного преимущества в сфере труда и создания его результатов в тех сферах деятельности, для которых и образована федеральная территория. Эти цели названы в ч. 1 ст. 2 Закона № 437-ФЗ.

Согласно п. «б» ч. 1 ст. 4 Устава федеральной территории «Сириус»<sup>8</sup>, одобренного решением Совета федеральной территории от 29 октября 2021 г. № 1-2/11, одним из средств обеспечения комплексного устойчивого социально-экономического и инновационного развития территории, повышения инвестиционной привлекательности территории выступает учет особенностей состава населения федеральной территории, связанных с высокой долей временно проживающих граждан, осуществляющих трудовую или предпринимательскую деятельность на федеральной территории, а также с пребыванием на федеральной территории обучающихся по программам высшего и среднего профессионального образования.

Фактически приведенная формулировка легализует «вахтовый способ» привлечения наемного труда и означает следующее:

1. Временный характер осуществления трудовой (предпринимательской, учебной) деятельности предполагает отсутствие обеспечения такого населения объектами социальной инфраструктуры.
2. Отсутствие обязанности по обеспечению населения объектами социальной инфраструктуры в размере и доступности, соответствующей фактическому размеру населения, обозначает отсутствие расходов у публично-правового образования на объекты и содержание объектов общего и среднего образования, на объекты общей медицинской и скорой неотложной медицинской помощи и иные объекты социальной инфраструктуры.
3. Аналогично нормативы по обеспеченности населения местами отдыха, спорта, зелеными насаждениями также существенно ниже, нежели фактический размер населения.

<sup>7</sup> Подробнее см.: *Майборода В. А.* Особенности регулирования градостроительной деятельности в федеральной территории «Сириус» // Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 4. С. 15–20.

<sup>8</sup> Официальный сайт федеральной территории «Сириус» [Электронный ресурс]. URL: <https://cloud01.sochisirius.ru/index.php/s/JrsyZtMPIERBy3T#pdfviewer> (дата обращения: 11.05.2022).

Названные и иные последствия существенно удешевляют стоимость труда, поскольку позволяют публично-правовому образованию не нести названных расходов, но не отменяют возможностей мобилизации соответствующих обязательных платежей в бюджетную систему Российской Федерации. В ординарном правовом режиме комплексное развитие социальной инфраструктуры является обязательным следствием исполнения генерального плана поселения, городского округа (схемы территориального планирования района) наряду с комплексным развитием транспортной и коммунальной инфраструктур согласно положениям ст. 26 Градостроительного кодекса Российской Федерации (ГрК РФ). Количество и качество объектов социальной, транспортной и коммунальной инфраструктур определяются в том числе количеством населения и рассчитываются в региональных (п. 2 ч. 3 ст. 29.3 ГрК РФ) и местных (п. 1 ч. 5 ст. 29.4 ГрК РФ) нормативах градостроительного проектирования. Понятно, что социально-демографический состав и плотность населения являются факторами, напрямую определяющими виды и доступность объектов социальной инфраструктуры. Например, при демографическом составе населения фертильного возраста необходимость в достаточном количестве дошкольных детских учреждений бесспорна, а наличие предприятий тяжелой промышленности предполагает увеличение объектов сферы здравоохранения. Но при этом само по себе удешевление стоимости труда в высокотехнологичных отраслях, презюмируемо определенных к стимулированию развития на федеральной территории, не означает появления конкурентного преимущества (более низкой цены) конечного продукта — результата исследования и его инновации, то есть внедрения в воспроизводство на промышленной основе. Но оно является возможностью привлечения специалистов высшей квалификации в высокотехнологичных областях, компенсируя оплату их труда, сопоставимую с общемировой (точнее — с оплатой в США и ЕС), за счет перенаправления средств, предназначенных для развития и содержания социальной инфраструктуры.

Однако данное конкурентное преимущество не является очевидным и возможность его понимания открывается вследствие сопоставления особенностей осуществления градостроительной деятельности в различных правовых режимах, предполагающих исключения из ординарного порядка. Такой анализ показывает, что территории опережающего развития, особые экономические зоны, ИНТЦ и даже Арктическая зона, чей правовой режим определен Федеральным законом от 13 июля 2020 г. № 193-ФЗ «О государственной поддержке предпринимательской деятельности в Арктической зоне Российской Федерации», используют возможность устранения отдельных видов градостроительной документации (генеральных планов, градостроительных регламентов и т. д.), оставляя в качестве единственного правового инструмента регулирования этой деятельности документацию по планировке территории и тем самым облегчая инвестиционную деятельность в объекты инфраструктур. В случае же с федеральной территорией — ровно наоборот. Усложнение регулирования предполагается даже применительно к ординарному регулированию градостроительной деятельности, не наделенному свойствами когнитивной доступности и устойчивости регулирования<sup>9</sup>, то есть сложного, запутанного и постоянно меняющегося. Так, например, к совокупности объектов федерального и регионального значения, планирование размещения которых осуществляется документами территориального планирования, Положением о порядке утверждения генерального плана федеральной территории (утв. Постановлением Правительства РФ от 25 октября 2021 г. № 1827) добавлен новый вид объекта — объект федеральной территории.

В качестве заслуживающего отдельного внимания следует также указать закрепление особенностей землепользования и застройки федеральной территории, установленных Решением Совета федеральной территории «Сириус» от 22 апреля 2022 г. № 1-11/73 «Об осуществлении землепользования и застройки в границах федеральной территории «Сириус»»<sup>10</sup>. Данные правила в п. 15 и 16 вводят дополнительный фильтр для реализации правомочия застройки земельного участка: согласование архитектурно-градостроительного облика объекта строительства. Отметим, что п. 1 ст. 263 Гражданского кодекса Российской Федерации наделяет собственника земельного участка правом возводить на нем здания и сооружения при условии соблюдения градостроительных и строительных норм и правил, а также требований о целевом назначении земельного участка. Положений о необходимости соблюдения норм специальных правовых режимов данное законоположение не содержит. Право застройки земельного участка, являясь самостоятельным правом, регулируется градостроительным регламентом, в целом определяющим правовой режим как

<sup>9</sup> Майборода В. А. Наделение генерального плана федеральной территории «Сириус» сигнификатом доверия // Юридический мир, 2021. № 12. С. 21–25.

<sup>10</sup> Официальный сайт федеральной территории «Сириус» [Электронный ресурс]. URL: <https://sirius-ft.ru/> (дата публикации: 22 апреля 2022 г.).



земельных участков, так и всего, что находится над и под поверхностью земельных участков и используется в процессе их застройки и последующей эксплуатации объектов капитального строительства. Поэтому определение внешнего вида объекта строительства вне рамок градостроительного регламента, с использованием дискреционного полномочия органа публичной власти, имеющего законодательно определенную особенность организации, являет собой технико-юридическую манипуляцию. Такая оценка не носит негативного характера, поскольку изложенное регулирование так же, как и вышеприведенные особенности, призваны достигнуть той же цели — выполнение задач по созданию федеральной территории.

Видится, что причина использования анализируемых средств регулирования заключена в поиске обеспечения возможности формирования экономического преимущества в сфере высоких технологий, в том числе благодаря перераспределению средств из сферы обслуживания населения в сферу оплаты труда. Обратное, то есть экономия на обеспечении объектами социальной инфраструктуры при сохранении ординарного для российского рынка труда уровня его оплаты, означало бы смещение баланса защищаемых Конституцией России гарантий социального государства при отсутствии встречного предоставления такому смещению. Такое предположение само по себе противоправно в социальном государстве и, соответственно, не может быть признано подлежащим рассмотрению и обсуждению.

На основании изложенного следует вывод об уникальности реализуемого в федеральной территории правового режима не только за счет необходимости достижения поставленных при создании целей, но и за счет неочевидного воздействия на рынок труда, призванного к формированию конкурентного преимущества в высокотехнологических отраслях экономики.

## Литература

1. Еремин А. А. История становления и развития правового регулирования договора коммерческой концессии в России // История государства и права, 2015. № 2. С. 13–17.
2. Майборода В. А. Наделение генерального плана федеральной территории «Сириус» сигнификатом доверия // Юридический мир, 2021. № 12. С. 21–25.
3. Майборода В. А. Особенности регулирования градостроительной деятельности в федеральной территории «Сириус» // Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2021. № 4. С. 15–20.
4. Майборода В. А. Подсудность правовых актов органов публичной власти федеральной территории, принимаемых по согласованию // Судья, 2022. № 1. С. 51–56.
5. Талалина Э. В. Реформы государственного управления: сравнительно-правовой анализ // Правоведение, 2008. № 2. С. 238–253.
6. Чулкин А. В. К вопросу об организации публичной власти на федеральной территории // Конституционное и муниципальное право, 2021. № 10. С. 11–14.

## References

1. Eremin, A. A. History of Formation and Development of Legal Regulation of the Commercial Concession Contract in Russia [Istorija stanovlenija i razvitija pravovogo regulirovanija dogovora kommercheskoj koncessii v Rossii]. History of State and Law [Istorija gosudarstva i prava], 2015. No. 2. P. 13–17. (In Rus.)
2. Mayboroda, V. A. Granting of the Signification of Trust to the Master Plan of the Sirius Federal Territory [Nadelenie general'nogo plana federal'noj territorii "Sirius" signifikatom doverija]. Legal World [Juridicheskij mir], 2021. No. 12. P. 21–25. (In Rus.)
3. Mayboroda, V. A. Features of Regulation of Urban Planning Activities in the Federal Territory "Sirius" [Osobennosti regulirovanija gradostroitel'noj dejatel'nosti v federal'noj territorii "Sirius"]. Theoretical and Applied Law [Teoreticheskaja i prikladnaja jurisprudencija], 2021. No. 4. P. 15–20. (In Rus.)
4. Mayboroda, V. A. Jurisdiction of Legal Acts of Public Authorities of the Federal Territory Adopted by Agreement [Podsudnost' pravovyh aktov organov publichnoj vlasti federal'noj territorii, prinimaemyh po soglasovaniju]. Judge [Sud'ja], 2022. No. 1. P. 51–56. (In Rus.)
5. Talapina, E. V. Public Administration Reforms: A Comparative Legal Analysis [Reformy gosudarstvennogo upravljenija: sravnitel'no-pravovoj analiz]. Jurisprudence [Pravovedenie], 2008. No. 2. P. 238–253. (In Rus.)
6. Chuklin, A. V. On the Issue of Arrangement of Public Authority in the Federal Territory [K voprosu ob organizacii publichnoj vlasti na federal'noj territorii] // Constitutional and Municipal Law [Konstitucionnoe i municipal'noe pravo], 2021. No. 10. P. 11–14. (In Rus.)

# Киберпреступность как угроза национальной безопасности России

**Лепешкина Оксана Ивановна**

Северо-Западный институт управления Российской академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)  
доцент, кандидат юридических наук, e-mail: lepezhkina-oi@ranepa.ru.

## АННОТАЦИЯ

Целью статьи является определение основных направлений по повышению эффективности противодействия киберпреступности в России. В статье рассмотрены правовая основа России и международные правовые акты о противодействии киберпреступности, а также положения проекта Конвенции ООН о противодействии использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях, направленного в ООН 30 июля 2021 г.

В статье определены понятия «киберпреступление», «киберпространство», «кибербезопасность» в соответствии с международными стандартами Международной организации по стандартизации и Международного союза электросвязи. В статье рассмотрена предложенная в уголовно-правовой науке классификация киберпреступлений.

Автор вносит предложения по основным направлениям государственной политики в области противодействия киберпреступности.

**Ключевые слова:** киберпреступность, компьютерная преступность, высокотехнологичная преступность, киберпространство, кибербезопасность, киберзащищенность.

## Cybercrime as Threat of National Security of Russia

**Oksana I. Lepeshkina**

North-West Management Institute of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Saint Petersburg, Russian Federation)  
PhD in Jurisprudence, Associate Professor; e-mail: lepezhkina-oi@ranepa.ru.

## ABSTRACT

The aim of this article is determination of main lines on rise efficacy of anti-cybercrime in Russia. This article describes the Russian law base and international law acts about anti-cybercrime, and also norms of project of Convention United Nations Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, which Russia sent to United Nations in 30 July of 2021.

There are the terms "cybercrime", "cyberspace", "cybersecurity" in according with international standards of International Organization for Standardization and International Telecommunication Union in this article. There is classification of cybercrimes in this article, which is in criminal law theory.

The author makes proposals of main lines of national politics in sphere of anti-cybercrime.

**Keywords:** cybercrime, computer crime, high-tech crime, cyberspace, cybersecurity, cybersafety.

Информационная безопасность является одной из составляющих национальной безопасности.

Стратегией национальной безопасности Российской Федерации рост числа преступлений, совершаемых с использованием информационно-коммуникационных технологий, рассматривается как одна из угроз национальной безопасности, а их предупреждение, выявление, пресечение является стратегическим национальным приоритетом (п. 42)<sup>1</sup>.

Как показывает статистика, количество преступлений, совершенных с использованием информационно-телекоммуникационных технологий или в сфере компьютерной информации, в последние годы значительно увеличилось. По данным ГИАЦ МВД России, таких преступлений было зарегистрировано: в 2019 г. — 294 409 (рост на 68,5%), в 2020 г. — 510 396 (рост на 73,4%), в 2021 г. — 517 722 (рост на 1,4%)<sup>2</sup>.

Преступления с использованием IT-технологий в основной массе совершаются в кредитно-финансовой сфере и влекут для государства большой экономический ущерб, который, по оценке

<sup>1</sup> О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации: указ Президента Российской Федерации от 2 июля 2021 г. № 400 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_389271/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_389271/) (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>2</sup> Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <https://мвд.рф/> (дата обращения: 04.03.2022).

Банка России, способен спровоцировать финансовый кризис. Так, к основным рискам в данной сфере Банк России относит финансовые потери клиентов, отдельных финансовых организаций, нарушение операционной надежности и непрерывности предоставления финансовых услуг, развитие системного кризиса в результате кибератак в значимых для финансового рынка организациях<sup>3</sup>. Предпочтительными становятся финансовые услуги государств с более высоким уровнем киберустойчивости финансовых организаций, например таких, как США, Великобритания, Канада, Сингапур, Япония, Австралия, Австрия, Новая Зеландия, Малайзия.

По данным Банка России, в 2020 г. количество операций без согласия клиента увеличилось на 34,0% (773 008 операций против 576 897 операций за 2019 г.). Объем таких операций вырос на 52,2%, составив 9777,3 млн руб. (в 2019 г. — 6425,8 млн руб.)<sup>4</sup>. В основном такие операции осуществлялись с использованием методов социальной инженерии.

Под угрозой кибератак находятся объекты критической информационной инфраструктуры и международная информационная безопасность.

Стратегическим, основополагающим документом в области обеспечения информационной безопасности является Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, согласно которой «обеспечение информационной безопасности — осуществление взаимовязанных правовых, организационных, оперативно-розыскных, разведывательных, контрразведывательных, научно-технических, информационно-аналитических, кадровых, экономических и иных мер по прогнозированию, обнаружению, сдерживанию, предотвращению, отражению информационных угроз и ликвидации последствий их проявления» (п. 2)<sup>5</sup>.

В соответствии с Федеральным законом от 26 июля 2017 г. № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»<sup>6</sup> создана Государственная система обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы Российской Федерации. Обеспечение функционирования Государственной системы возложено на Федеральную службу безопасности РФ, и создан Национальный координационный центр по компьютерным инцидентам.

Следует отметить, что в ряде государств приняты стратегии по кибербезопасности, что было рекомендовано Международным союзом электросвязи в Руководстве по разработке национальной стратегии кибербезопасности 2018 г. Стратегии кибербезопасности приняты в таких государствах, как США, Великобритания, Финляндия, Германия, Канада, Новая Зеландия, Индия. В государствах СНГ, например в Казахстане, принята концепция кибербезопасности («Киберщит Казахстана») (утв. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 июня 2017 г. № 407). В Кыргызстане принята Стратегия кибербезопасности Кыргызской Республики на 2019–2023 гг. (утв. Пост. Правительства Кыргызской Республики от 24 июля 2019 г. № 369).

Вопросы обеспечения информационной безопасности, в том числе международной информационной безопасности, в настоящее время в числе приоритетных в международном сотрудничестве государств.

Однако международная правовая основа регулирования противодействия совершению преступлений в сфере кибертехнологий только создается. Более интенсивно сотрудничество государств в этой области осуществляется на региональном уровне.

В рамках Совета Европы непосредственно на противодействие киберпреступности направлена Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации от 23 ноября 2001 г.<sup>7</sup> Данную Конвенцию ратифицировали 66 государств, в том числе из не членом Совета Европы — Израиль, США и Япония. В числе государств СНГ данную Конвенцию ратифицировали Азербайджанская Республика, Республика Армения и Республика Молдова.

<sup>3</sup> Основные направления развития информационной безопасности кредитно-финансовой сферы на период 2019–2021 гг. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_363745/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_363745/) (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>4</sup> Обзор операций, совершенных без согласия клиентов финансовых организаций за 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: [https://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/32190/Review\\_of\\_transactions\\_2020.pdf](https://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/32190/Review_of_transactions_2020.pdf) (дата обращения: 29.07.2021).

<sup>5</sup> Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации: указ Президента Российской Федерации от 5 декабря 2016 г. № 646 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_208191/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_208191/) (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>6</sup> О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации: Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 187-ФЗ [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_220885/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_220885/) (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>7</sup> Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации от 23 ноября 2001 г. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/4089723/> (дата обращения: 05.03.2022).

Россия не подписала эту Конвенцию, усмотрев в положениях п. «b» ст. 32 о возможности трансграничного доступа к хранящимся компьютерным данным без согласия другого государства, по сути, вмешательство в юрисдикцию и нарушение прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

В ООН резолюцией Генеральной Ассамблеи 74/247 от 27 декабря 2019 г. был учрежден Специальный комитет по разработке всеобъемлющей международной конвенции о противодействии использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях.

По инициативе России 26 мая 2021 г. на 75-й сессии Генеральная Ассамблея ООН приняла резолюцию 75/282 «Противодействие использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях». Согласно данной резолюции Специальный комитет должен представить Генеральной Ассамблее ООН проект конвенции на ее 78-й сессии<sup>8</sup>.

Письмом от 30 июля 2021 г. Россия направила в Генеральную Ассамблею ООН проект Конвенции Организации Объединенных Наций о противодействии использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях. Проект этой Конвенции включен в резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН 75/980, принятой на 75-й сессии 10 августа 2021 г.<sup>9</sup>

Терминология в области обеспечения кибербезопасности определена в двух межгосударственных стандартах — Международной организации по стандартизации (International Organization for Standardization, ISO) и Международного союза электросвязи (International Telecommunication Union, ITU).

В Международном стандарте «Информационные технологии. Методы обеспечения безопасности. Руководящие указания по кибербезопасности» (ISO/IEC 27032:2012 Information Technology — Security Techniques — Guidelines for Cybersecurity) содержатся термины: «кибербезопасность», «киберпреступление», «киберпространство», «киберзащищенность»<sup>10</sup>.

Кибербезопасность — «сохранение конфиденциальности, целостности и доступности информации в киберпространстве».

Киберпреступление — «преступная деятельность, при которой сервисы или приложения киберпространства являются орудием или целью преступления или при которой само киберпространство является источником, инструментом, целью или местом преступления».

Киберпространство — «сложная среда, возникающая в результате взаимодействия людей, программного обеспечения и сервисов в сети Интернет посредством связанных с ней технологических устройств и сетей, не существующая в физической форме».

Киберзащищенность — «состояние защищенности от физических, социальных, духовных, финансовых, политических, эмоциональных, профессиональных, психологических, образовательных или иных негативных последствий, наступивших в результате отказов, повреждений, ошибок, инцидентов, несчастных случаев и прочих событий в киберпространстве, рассматриваемых как нежелательные».

Международным союзом электросвязи утверждена рекомендация МСЭ-Т X.1205 (04/2008) «Серия X: Сети передачи данных, взаимосвязь открытых систем и безопасность. Безопасность электросвязи». В данной рекомендации определены термины «киберсреда», «кибербезопасность»<sup>11</sup>.

Киберсреда «включает пользователей, сети, устройства, всё программное обеспечение, процессы, сохраненную или транзитную информацию, приложения, услуги и системы, которые могут быть прямо или косвенно соединены с сетями».

Кибербезопасность — «это набор средств, стратегии, принципы обеспечения безопасности, гарантии безопасности, руководящие принципы, подходы к управлению рисками, действия, профессиональная подготовка, практический опыт, страхование и технологии, которые могут быть использованы для защиты киберсреды, ресурсов организации и пользователя. Ресурсы организации и пользователя включают подсоединенные компьютерные устройства, персонал, инфраструктуру, приложения, услуги, системы электросвязи и всю совокупность переданной и/или сохраненной информации в киберсреде. Кибербезопасность состоит в попытке достижения и сохранения свойств

<sup>8</sup> Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 26 мая 2021 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/75/282> (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>9</sup> Письмо Временного поверенного в делах Постоянного представительства Российской Федерации при Организации Объединенных Наций от 30 июля 2021 г. на имя Генерального секретаря [Электронный ресурс]. URL: <https://undocs.org/ru/A/75/98> (дата обращения: 05.03.2022).

<sup>10</sup> ISO/IEC 27032:2012 Information Technology — Security Techniques — Guidelines for Cybersecurity [Electronic resources]. URL: <https://www.iso.org/standard/44375.html> (дата обращения: 30.03.2022).

<sup>11</sup> Рекомендация МСЭ-Т X.1205 (04/2008) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.itu.int/ITU-T/recommendations/rec.aspx?rec=9136&lang=ru> (дата обращения: 30.03.2022).

безопасности у ресурсов организации или пользователя, направленных против соответствующих угроз безопасности в киберсреде. Общие задачи обеспечения безопасности включают следующее:

- доступность;
- целостность, которая может включать аутентичность и неотказуемость;
- конфиденциальность».

В Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации от 23 ноября 2001 г. к киберпреступлениям отнесены: 1) преступления против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных данных и систем (противозаконный доступ, неправомерный перехват, воздействие на данные, воздействие на функционирование системы, противозаконное использование устройств); 2) преступления, связанные с использованием компьютерных средств (подлог с использованием компьютерных технологий, мошенничество с использованием компьютерных технологий); 3) преступления, связанные с содержанием данных (преступления, связанные с детской порнографией); 4) преступления, связанные с нарушением авторского права и смежных прав (ст. 2–10).

В проекте Конвенции ООН о противодействии использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях, внесенном Россией в Генеральную Ассамблею ООН 30 июля 2021 г., указаны следующие преступления: неправомерный доступ к цифровой информации; неправомерный перехват; неправомерное воздействие на цифровую информацию; нарушение функционирования информационно-коммуникационных сетей; создание, использование и распространение вредоносных программ; неправомерное воздействие на критическую информационную инфраструктуру; несанкционированный доступ к персональным данным; незаконный оборот устройств; хищение с использованием ИКТ; преступления, связанные с изготовлением и оборотом материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних, совершенные с использованием ИКТ; склонение к самоубийству или доведению до его совершения; преступления, связанные с вовлечением несовершеннолетних в совершение противоправных действий, опасных для их жизни и здоровья; создание и использование цифровой информации для введения пользователя в заблуждение; подстрекательство к подрывной или вооруженной деятельности; преступления, связанные с террористической деятельностью; преступления, связанные с экстремистской деятельностью; преступления, связанные с распространением наркотических средств и психотропных веществ; преступления, связанные с незаконным оборотом оружия; реабилитация нацизма, оправдание геноцида или преступлений против мира и человечности; незаконное распространение фальсифицированных лекарственных средств и медицинских изделий; использование ИКТ для совершения деяний, признанных преступлениями в соответствии с международным правом; нарушение авторских и смежных прав с использованием ИКТ (ст. 6–27).

По вопросу понятия киберпреступности в уголовно-правовой науке имеются разные точки зрения, определение ее как «компьютерная преступность», «интернет-преступность», «цифровая преступность», «высокотехнологичная преступность», «технотронная преступность»<sup>12</sup>.

В целом киберпреступность представляет собой совокупность киберпреступлений.

В соответствии с Международным стандартом «Информационные технологии. Методы обеспечения безопасности. Руководящие указания по кибербезопасности» (ISO/IEC 27032:2012) киберпреступление — это преступление, полностью совершенное в киберпространстве.

По мнению В. Ф. Джафарли, «киберпреступление — это совокупность объективных и субъективных факторов, характеризующихся посягательствами на специфичный основной (сфера инновационных информационно-коммуникационных технологий) и дополнительные объекты, предметом посягательства (чужие электронные ресурсы), а также реализуемых путем использования кибертехнологий (средств) и дистанционным способом основных общественно опасных действий и желаемых последствий, происходящих и наступающих исключительно в киберпространстве (обстановка и место преступления), во время сеанса связи злоумышленника с ИКТ-устройством»<sup>13</sup>.

В. Ф. Джафарли классифицировал все преступления, совершаемые с использованием информационно-коммуникационных технологий, на три группы: 1) «киберпреступления, основные действия и последствия которых происходят исключительно в киберпространстве, причем ИКТ-компонент формально установлен в конкретной норме»; 2) «киберпреступления, основные действия и последствия которых могут происходить исключительно в киберпространстве, причем ИКТ-компонент формально не отражен в конкретной норме»; 3) «преступления, действия в которых в той или иной

<sup>12</sup> См.: *Евдокимов К. Н.* К вопросу о совершенствовании системы противодействия технотронной преступности в Российской Федерации. Российский следователь, 2021. № 10.

<sup>13</sup> *Джафарли В. Ф.* Криминология кибербезопасности: в 5 т. Т. 2: Уголовно-правовое обеспечение криминологической кибербезопасности / под ред. С. Я. Лебедева. М.: Проспект, 2021. С. 24.



мере связаны с использованием ИКТ-средств»<sup>14</sup>. По этой классификации к киберпреступлениям относятся только две первые группы.

Таким образом, в действующем Уголовном кодексе РФ 1996 г.<sup>15</sup> к киберпреступлениям можно отнести преступления, предусмотренные гл. 28 «Преступления в сфере компьютерной информации» (ст. 272–274.1), а также предусмотренные, например, п. «Г» ч. 3 ст. 158 (кража с банковского счета, а равно в отношении электронных денежных средств), ст. 159.3 (мошенничество с использованием электронных средств платежа), ст. 159.6 (мошенничество в сфере компьютерной информации) и ст. 163 (вымогательство), ст. 165 (причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием), ст. 135 (развратные действия), ст. 242.1 (изготовление и оборот материалов с порнографическими изображениями несовершеннолетних), если они совершены с использованием ИКТ.

В заключение определим дальнейшие направления по совершенствованию государственной политики в области противодействия киберпреступности.

Для более эффективного противодействия киберпреступности в России, с учетом международного опыта, представляется целесообразным принять Стратегию кибербезопасности.

Кроме того, настоятельно необходимым видится принятие Федерального закона «О противодействии киберпреступности». В настоящее время в рамках Содружества Независимых Государств осуществляется разработка проекта модельного закона «О борьбе с киберпреступностью». Принятие данного модельного закона позволит создать единый правовой механизм противодействия киберпреступности в национальном законодательстве государств — участников СНГ, в том числе в России.

К основным направлениям государственной политики в области противодействия киберпреступности, с учетом положительного зарубежного опыта, по мнению автора, следует отнести следующие: 1) обеспечение безопасности критической информационной инфраструктуры; 2) совершенствование организации деятельности правоохранительных органов; 3) совершенствование системы подготовки и переподготовки сотрудников правоохранительных органов, судей; 4) обеспечение безопасности персональных данных; 5) повышение уровня защищенности информационной инфраструктуры организаций финансово-банковской системы; 6) развитие культуры информационной безопасности и кибергигиены клиентов — потребителей банковских услуг; 7) взаимодействие государственных органов с интернет-провайдерами и операторами сотовой связи; 8) правовая охрана авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных и смежных прав; 9) взаимодействие государственных органов с институтами гражданского общества, физическими и юридическими лицами; 10) мониторинг применения законодательства в области противодействия киберпреступности; 11) повышение уровня правовой грамотности и правосознания граждан, создание атмосферы нетерпимости к совершению киберпреступлений; 12) укрепление международного сотрудничества с иностранными государствами, их правоохранительными органами, специальными службами, судебными органами, а также с международными организациями в области противодействия киберпреступности.

## Литература

1. Джафарли В. Ф. Криминология кибербезопасности: в 5 т. Т. 2: Уголовно-правовое обеспечение криминологической кибербезопасности / под ред. С. Я. Лебедева. М.: Проспект, 2021. 280 с.
2. Евдокимов К. Н. К вопросу о совершенствовании системы противодействия технотронной преступности в Российской Федерации. Российский следователь, 2021. № 10. С. 69–72.

## References

1. Dzhafarli, V. F. Criminology of Cybersecurity: in 5 vol. Vol. 2: Criminal Law Preservation of Criminology Cybersecurity [Kriminologiya kiberbezopasnosti: v 5 t. T. 2: Uголовно-правовое obespechenie kriminologicheskoi kiberbezopasnosti]. Editor-in Chief S. Ya. Lebedev. Moscow: Prospekt, 2021. 280 p. (In Rus.)
2. Evdokimov, K. N. On the Improvement of the Technotronic Crime Combating System in the Russian Federation [K voprosu o sovershenstvovanii sistemy protivodeistviya tekhnotronnoi prestupnosti v Rossiiskoi Federatsii]. Russian Examiner [Rossiiskii sledovatel'], 2021. No. 10. P. 69–72. (In Rus.)

<sup>14</sup> Там же. С. 61–62.

<sup>15</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. Редакция от 25.03.2022 (с изм. и доп., вступ. в силу с 25.03.2022) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_10699/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/) (дата обращения: 26.03.2022).

# Защита слабой стороны банковского договора в условиях использования сторонами смарт-контракта

**Волос Екатерина Павловна**

ЧОУ ВО «МУ им. С. Ю. Витте» (Москва, Российская Федерация)  
старший преподаватель; магистр права (Масариков университет (Чехия)), e-mail: e.ryauzova@mail.ru.

## АННОТАЦИЯ

Статья посвящена особенностям защиты слабой стороны в ситуации использования сторонами банковского договора технологии «смарт-контракт» с точки зрения российской и зарубежной доктрины. Автором предлагаются точечные изменения и дополнения в действующее регулирование и сложившуюся судебную практику при неизменности общих принципов законодательства.

*Ключевые слова:* слабая сторона, смарт-контракт, банковский договор, блокчейн, потребитель.

## Protection of the Weak Party of the Banking Contract in the Case of Using Smart Contract

**Ekaterina P. Volos**

Moscow Witte University (Moscow, Russian Federation)  
Senior Lecturer; Master of Laws (Masaryk University (Czech Republic)); e-mail: e.ryauzova@mail.ru.

## ABSTRACT

The article is devoted to the features of protection the weak party in the situation when the parties to the banking agreement use the “smart contract” technology from the point of view of Russian and foreign doctrine. The author proposes particular changes and additions to the current regulation and the established judicial practice, while the general principles of legislation remain unchanged.

*Keywords:* the weak party, smart contract, banking contract, blockchain, consumer.

Смарт-контракты, как было установлено в нашем ранее проведенном исследовании<sup>1</sup>, пользуются популярностью в различных ситуациях и могут применяться в разных отношениях. Речь в том числе о кейсах, в которых участвует потребитель, а также иная сторона, которая может быть признана слабой. Круг таких ситуаций: и розничная купля-продажа, и финансовые сделки, и другие отношения. При этом в нашей работе была высказана гипотеза, согласно которой смарт-контракт в качестве особого технического средства исполнения обязательства может выступать как дополнительный механизм охраны прав и законных интересов слабой стороны договора. Необходимо более глубоко рассмотреть данный вопрос и выявить конкретные особенности участия слабой стороны банковского договора в условиях использования сторонами смарт-контракта. Выбор объекта исследования (отношения по поводу банковского договора) обусловлен тем, что именно в банковских отношениях, а также в ситуациях перевода денежных средств смарт-контракт и иные технологии на сегодня используются наиболее часто.

В российской научной литературе возможность использования смарт-контрактов обычно описывается через их перспективы для сферы финансовых услуг. Так, А. И. Савельев, рассматривая перспективы использования технологии блокчейна в российских реалиях, указывает на ряд направлений ее применения в финансовой сфере: осуществление межбанковских расчетов, оптимизация процессов выдачи кредитов под залог имущества, оптимизация процесса выдачи аккредитивов<sup>2</sup>. С практической стороны хотелось бы обратить внимание, что именно представители банков озабочены установлением определенного правового регулирования отношений, связанных со смарт-контрактами<sup>3</sup>.

Американские аналитики, практикующие в банковской сфере, полагают, что смарт-контракты будут дополнять, но не заменять договоры в ближайшей перспективе. Во-первых, они могут просто служить платежным механизмом, связанным с элементами рабочего договора на полностью естественном языке, которые могут быть выражены в простой условной логике. Например,

<sup>1</sup> См.: Ахмедов А. Я., Волос А. А., Волос Е. П. Концепция правового регулирования отношений, осложненных использованием смарт-контрактов. М.: Проспект, 2021. 224 с.

<sup>2</sup> См.: Савельев А. И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву. Закон, 2017. № 5. С. 94–117.

<sup>3</sup> См.: Санникова Л. В., Харитонова Ю. С. Цифровые активы и технологии: некоторые правовые проблемы выработки понятийного аппарата. 2018. № 1. С. 25.

смарт-контракты могут представлять собой недвусмысленные условные операторы «если-то», встроенные во многие договоры<sup>4</sup>. Следовательно, фактические элементы договора будут записаны на неестественном языке, то есть в коде. Другие аспекты останутся на естественном языке, в частности те элементы, которые требуют суждения, субъективного анализа и использования сложных правовых принципов, таких как разумность и добросовестность.

Другие ученые полагают, что смарт-контракты в банковской сфере являются еще одним шагом на пути к прозрачному аудиту. Поскольку традиционные договоры обычно основаны на положениях, которые требуют, чтобы банковский сектор тратил много времени на оформление документов для ведения учета. Отмечается, что ведение учета также является причиной вялой цифровизации в банковском секторе<sup>5</sup>. Ведение бухгалтерского учета на базе блокчейна обеспечит банкам защиту от внешних изменений в записях счетов и исключит любые риски финансовых потерь организацией.

Таким образом, российская и зарубежная цивилистика и деловая практика позитивно смотрят на перспективы смарт-контрактов в финансовой сфере, что подтверждается тем, что именно крупные банки и другие финансовые институты активно внедряют смарт-контракты в свою деятельность.

Рассмотрим конкретные кейсы и проблемы. Так, канадскими учеными проведено исследование, посвященное вопросам защиты прав слабой стороны при совершении электронных сделок. Отмечалось, что существует мало достоверных данных о том, действительно ли имеющаяся правовая система в этой области эффективна для защиты прав граждан. Однако было проведено эмпирическое исследование для оценки ограничений действующего законодательства и выработки рекомендаций по улучшению электронного бизнеса и практики участия потребителей в нем. Основным выводом исследования заключается в том, что ни один профессиональный участник таких сделок не выполнил в полной мере свои юридические обязательства. Это говорит о том, что для того, чтобы канадское законодательство о защите прав потребителей оказало влияние на практику электронного бизнеса, существенные обязательства, налагаемые законодательством, должны сочетаться с более эффективным механизмом принуждения. Требуется вмешательство государства для изменения законодательства и обеспечения защиты основных прав потребителей<sup>6</sup>. Можно сказать, что имеющиеся в небольшом количестве эмпирические исследования показывают, что для защиты прав слабой стороны в отношениях с банком в ситуации использования современных технологий необходимы законодательные решения.

Уже другими авторами вынесено предложение: следует рассмотреть возможность дополнения регулирующих органов и судов обязательным аудитом смарт-контрактов под пристальным вниманием общественности, чтобы побудить компании устранять несправедливые условия и положения вместе с предвзятостью, дискриминацией и техническими сбоями<sup>7</sup>. Следует принять эту идею во внимание. Смарт-контракт с банком, если он часто применяется, должен пройти определенный аудит по факту справедливости условий для слабой стороны. В России это могло бы быть согласование с контролирующими органами.

Рассмотрим еще один пример из зарубежного кейса. Известно, что потребители всё чаще покупают устройства для так называемого умного дома. Возникает проблема, как при использовании этих устройств обеспечить защиту данных и защиту прав потребителей<sup>8</sup>. Важно, что при использовании таких устройств нередко требуется плата. Иногда она списывается автоматически лицами, предоставившими услуги. Деньги поступают на банковский счет. В этом случае банкам следует ограничить практику автоматического списания средств со счета, так как велик риск мошенничества или нарушения правил использования данных.

<sup>4</sup> See: Smart Contract Technology and Financial Inclusion. Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice. Fintech Note. No. 6. Washington. 2020. P. 15.

<sup>5</sup> See: *Mahipal N.* What's the Role of Smart Contract in the Banking Industry? 26.08.2021. URL: <https://readwrite.com/whats-the-role-of-smart-contract-in-the-banking-industry/> (дата обращения: 20.01.2022).

<sup>6</sup> See: *Montplaisir M.* The Missing Hyperlink — An Empirical Study: Can Canadian Laws Effectively Protect Consumers Purchasing Online? Canadian Journal of Law and Technology, 2018. Vol. 16. P. 1.

<sup>7</sup> See: *Salazar V. A. R.* Unconscionability, Smart Contracts, and Blockchain Technology: Are Consumers Really Protected Against Power Abuses in the Digital Economy? International Journal on Consumer Law and Practice, 2021. Issue 9. P. 74–94.

<sup>8</sup> See: *Versaci G.* Sale and Use of Smart Home Devices in B2C Transactions. An Intersection Between Data Protection and Consumer (Contract) Protection [Acquisto e utilizzo di dispositivi domestici nei rapporti B2C: Un'intersezione tra data protection e consumer (contract) protection]. Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale. 2020. Issue 9, No 1, P. 259–274.

Следующий аспект — процедурный и процессуальный. Феномен юридических технологий, который исходит в основном из сектора частных юридических услуг, показывает, что использование цифровой инфраструктуры может изменить правила игры, сделав юридические процессы, даже такие как разрешение споров, более эффективными, удобными для пользователей и доступными. В частности, важную роль могут сыграть онлайн-процессы разрешения споров. Если смарт-контракт и онлайн-разрешение споров вместе образуют технически связанную сущность с помощью смарт-контракта со встроенной оговоркой форума ODR, теоретически результатом будет не что иное, как цифровой симбиоз контракта и разрешения споров<sup>9</sup>.

Есть мнение, что в России подобные механизмы могли бы быть эффективными на базе крупных банков. Во-первых, именно на банках и автоматических переводах денежных средств нередко «завязаны» электронные сделки, поэтому споры разрешать именно на банковских платформах будет эффективнее. Во-вторых, банки традиционно имеют большой штат юристов и подконтрольны Центральному банку РФ, то есть можно обеспечить контроль и надзор за процессами ODR. В конечном счете все это должно определенным образом «разгрузить» судебную систему и дать дополнительные гарантии правам и законным интересам слабых сторон. Безусловно, подобные механизмы не должны лишать прав стороны на обращение в суд.

Также нельзя не отметить, что большинство исследований, посвященных обозначенной нами проблеме, исходят из важности не правовых, а каких-либо иных механизмов защиты. Например, предлагаются следующие соответствующие предложения. Во-первых, используемая цифровая платформа должна усилить надзор, способствовать созданию среды добросовестности и снизить риск защиты прав потребителей. Во-вторых, продавцы должны улучшить свою собственную кредитную систему, положить конец поведению обманутых потребителей, повысить степень раскрытия информации и обеспечить эффективные гарантии предоставления услуг для снижения восприятия рисков потребителями. В-третьих, потребители должны повышать свою осведомленность о безопасности и защите прав, не быть молчаливыми жертвами и сохранять честность в сделках. В-четвертых, ускорить разработку и применение технологии блокчейна в бизнесе<sup>10</sup>. Действительно, нужно обеспечивать охрану интересов слабой стороны не только правовыми методами. Экономические инструменты, возможно, более важны в ситуации применения сторонами технологии смарт-контракта.

В российской литературе проблема защиты прав потребителей в связи с использованием технологии смарт-контракта также получила свое освящение. В частности, доказывалось «наличие для граждан специальных рисков, связанных с заключением и исполнением смарт-контракта. В частности, рассмотрены риск непонимания потребителем условий смарт-контракта, риск отличия условий смарт-контракта от условий договора, изложенных на естественном языке, риск включения в смарт-контракт условий, ущемляющих права потребителя (несправедливых договорных условий), а также особые проявления регуляторного и операционного рисков в отношении смарт-контракта»<sup>11</sup>. Обращает на себя внимание тот факт, что большинство из указанных рисков относятся не только к ситуации использования смарт-контрактов, но и при заключении традиционных «бумажных» договоров с потребителем. Скорее здесь будут особенности в механизме реальной защиты прав потребителей, чем в новых, неизвестных теории и практике рисках.

Неудивительно, что была высказана и следующая позиция, которая вполне релевантна практике охраны потребителя, информацию до которого необходимо довести в соответствии с законом: «...Использование смарт-контракта как способа исполнения обязательства должно сопровождаться составлением договора на бумажном или электронном носителе информации, что позволит сторонам использовать в дальнейшем традиционные средства правовой защиты»<sup>12</sup>. Вместе с тем здесь появится новая проблема: как быть в ситуации, когда аналога на бумажном или электронном носителе не существует? Влечет ли это автоматическое признание договора недействительным или незаключенным? Вопрос остается открытым.

<sup>9</sup> See: *Janssen A. U., Vennmanns T. J.* Smart Dispute Resolution in the Digital Age. The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases. *International Journal on Consumer Law and Practice*. 2021. Issue 9. P. 52–73.

<sup>10</sup> See: *Lei H., Lu D., Zhang H.* Research on Promotion of Consumers' Application of After Service in Online Shopping Based on Evolutionary Game Theory — Introduction of Smart Contract. *E3S Web of Conferences*. 2021. January. P. 5.

<sup>11</sup> *Чирков А. В.* Регулирование рисков потребителя при заключении и исполнении смарт-контракта. Актуальные проблемы российского права, 2020. Т. 15. № 11. С. 180.

<sup>12</sup> *Камалян В. М.* Правовые особенности заключения и исполнения банковских договоров в цифровой экономике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021. С. 7.

С проблемой информирования потребителя при использовании смарт-контракта в банковских договорах связана работа оракула. Он в данном случае выступает в качестве источника информации для программы смарт-контракта. Однако верно замечено, что «встает проблема возможного манипулирования данными оракула в недобросовестных целях, могущего повлиять на процесс исполнения смарт-контракта в интересах какой-либо стороны или третьих лиц»<sup>13</sup>. Тем самым слабой стороной в такой ситуации может выступать контрагент стороны, которая имеет возможности влияния на данные оракула. Практика должна выработать рекомендации по нивелированию этой возможности. Одним из механизмов может стать гарантия в предоставлении полной информации об оракулах и субъектах, имеющих к ним доступ, всем субъектам банковского договора.

Во многих исследованиях современных ученых прослеживается идея о том, что охрана прав субъектов, использующих смарт-контракт, может быть эффективной только или преимущественно путем совершенствования правового регулирования. В частности, предлагается создавать специальные акты в сфере цифровых технологий.

Например, В. А. Белов обсуждает предложения Центрального банка России. Данный орган в связи с необходимостью защиты прав потребителей предполагает формирование комплексной системы информирования потребителей и защиты их прав. Однако автор отмечает, что «в указанных тезисах ЦБ РФ ведет речь не о внедрении смарт-контрактов и блокчейн-платформ в повседневную жизнь потребителей, а создает некую платформу для осуществления электронной торговли, где платежной единицей будет выступать цифровой рубль, приравненный к курсу национальной валюты»<sup>14</sup>.

Представляется, что решение проблем, связанных с защитой прав потребителей при использовании в банковском договоре смарт-контрактов и иных технических средств, должно идти не по пути принятия большого количества правовых актов, а путем точечного изменения и дополнения имеющегося законодательства. Технические средства, выступая только инструментом отношений сторон, не создают новых отношений. Действующее законодательство о защите прав потребителей, которое будет лишь средством дополнительной гарантии исполнения обязательства, также должно применяться в ситуации использования смарт-контрактов.

## Литература

1. *Ахмедов А. Я., Волос А. А., Волос Е. П.* Концепция правового регулирования отношений, осложненных использованием смарт-контрактов // М.: Проспект, 2021. 224 с.
2. *Белов В. А.* Смарт-контракт: понятие, правовое регулирование, правоприменительная практика, потребительские отношения // Право и экономика, 2021. № 9. С. 35–41.
3. *Ефимова Л. Г., Михеева И. В., Чуб Д. В.* Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2020. № 4. С. 78–105.
4. *Камалян В. М.* Правовые особенности заключения и исполнения банковских договоров в цифровой экономике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021. 20 с.
5. *Савельев А. И.* Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон, 2017. № 5. С. 94–117.
6. *Санникова Л. В., Харитоновна Ю. С.* Цифровые активы и технологии: некоторые правовые проблемы выработки понятийного аппарата // Право и цифровая экономика, 2018. № 1. С. 25–30.
7. *Чирков А. В.* Регулирование рисков потребителя при заключении и исполнении смарт-контракта // Актуальные проблемы российского права, 2020. Т. 15. № 11. С. 180–189.
8. *Janssen A. U., Vennmanns T. J.* Smart Dispute Resolution in the Digital Age. The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases. *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2021. Issue 9. P. 52–73.
9. *Lei H., Lu D., Zhang H.* Research on Promotion of Consumers' Application of After Service in Online Shopping Based on Evolutionary Game Theory — Introduction of Smart Contract. *E3S Web of Conferences*. Т. 233. 2021. January. 6 p.
10. *Mahipal N.* What's the Role of Smart Contract in the Banking Industry? 26.08.2021. URL: <https://readwrite.com/2021/08/26/whats-the-role-of-smart-contract-in-the-banking-industry/#> (дата обращения: 20.01.2022).
11. *Montplaisir, M.* The Missing Hyperlink - An Empirical Study: Can Canadian Laws Effectively Protect Consumers Purchasing Online? *Canadian Journal of Law and Technology*, 2018. Vol. 16. No. 1.

<sup>13</sup> *Ефимова Л. Г., Михеева И. Е., Чуб Д. В.* Сравнительный анализ доктринальных концепций правового регулирования смарт-контрактов в России и зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2020. № 4. С. 96.

<sup>14</sup> *Белов В. А.* Смарт-контракт: понятие, правовое регулирование, правоприменительная практика, потребительские отношения. *Право и экономика*, 2021. № 9. С. 40.



12. Salazar, V. A. R. Unconscionability, Smart Contracts, and Blockchain Technology: Are Consumers Really Protected Against Power Abuses in the Digital Economy? *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2021. Vol. 9. P. 74–94.
13. Smart Contract Technology and Financial Inclusion. *Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice. Fintech Note*. No. 6. Washington. 2020. 50 p.
14. Versaci G. Sale and Use of Smart Home Devices in B2C Transactions. An Intersection Between Data Protection and Consumer (Contract) Protection [Acquisto e utilizzo di dispositivi domotici nei rapporti B2C: Un'intersezione tra data protection e consumer (contract) protection]. *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2020. Issue 9. No. 1. P. 259–274.

## References

1. Akhmedov, A. Ya., Volos, A. A., Volos, E. P. The Concept of Legal Regulation of Relations Complicated by the Use of Smart Contracts [Konceptcija pravovogo regulirovanija otnoshenij, oslozhnennyh ispol'zovaniem smart-kontraktov]. M.: Prospekt, 2021. 224 p.
2. Belov, V. A. Smart Contract: Concept, Legal Regulation, Law Enforcement Practice, Consumer Relations [Smart-kontrakt: ponjatie, pravovoe regulirovanie, pravoprimeritel'naja praktika, potrebitel'skie otnoshenija]. *Law and Economics [Pravo i ekonomika]*, 2021. No. 9. P. 35–41.
3. Efimova L. G., Mikheeva I. V., Chub D. V. Comparative Analysis of Doctrinal Concepts of Legal Regulating Smart Contracts in Russia and Foreign States [Srvnitel'nyj analiz doktrinal'nyh koncepcij pravovogo regulirovanija smart-kontraktov v Rossii i v zarubezhnyh stranah]. *Law. Journal of the Higher School of Economics [Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki]*, 2020. No. 4. P. 78–105.
4. Kamalyan V. M. Legal Features of the Conclusion and Execution of Banking Agreements in the Digital Economy : A PhD Thesis in Law [Pravovye osobennosti zaključenija i ispolnenija bankovskih dogovorov v cifrovoj ekonomike : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk]. M., 2021. 20 p.
5. Savelyev, A. I. Some Legal Aspects of Implementation of Smart Contracts and Blockchain Technologies under Russian Law [Nekotorye pravovye aspekty ispol'zovanija smart-kontraktov i blokchejn-tehnologij po rossijskomu pravu]. *Statute [Zakon]*, 2017. No. 5. P. 94–117.
6. Sannikova, L. V., Kharitonova, Yu. S. Digital Assets and Technologies: Some Legal Aspects of Conceptual Framework Development [Cifrovye aktivy i tehnologii: nekotorye pravovye problemy vyrabotki ponjatijnogo apparata]. *Law and Digital Economy [Pravo i cifrovaja ekonomika]*, 2018. No. 1. P. 25–30.
7. Chirkov, A. V. Regulation of Consumer Risks When Concluding and Executing a Smart Contract [Regulirovanie riskov potrebitelja pri zaključenii i ispolnenii smart-kontrakta]. *Actual Problems of Russian Law [Aktual'nye problemy rossijskogo prava]*, 2020. Vol. 15. No. 11. P. 180–189.
8. Janssen, A. U., Vennmanns, T. J. Smart Dispute Resolution in the Digital Age. The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases. *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2021. Issue 9. P. 52–73.
9. Lei, H., Lu, D., Zhang, H. Research on Promotion of Consumers' Application of After Service in Online Shopping Based on Evolutionary Game Theory — Introduction of Smart Contract. *E3S Web of Conferences*. T. 233. 2021. January. 6 p.
10. Mahipal, N. What's the Role of Smart Contract in the Banking Industry? 26.08.2021. URL: <https://readwrite.com/2021/08/26/whats-the-role-of-smart-contract-in-the-banking-industry/#> (accessed date 20.01.2022).
10. Montplaisir, M. The Missing Hyperlink — An Empirical Study: Can Canadian Laws Effectively Protect Consumers Purchasing Online? *Canadian Journal of Law and Technology*, 2018. Vol. 16. No. 1
12. Salazar, V. A. R. Unconscionability, Smart Contracts, and Blockchain Technology: Are Consumers Really Protected Against Power Abuses in the Digital Economy? *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2021. Issue 9. P. 74–94.
13. Smart Contract Technology and Financial Inclusion. *Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice. Fintech Note*. No. 6. Washington. 2020. 50 p.
14. Versaci, G. Acquisto e utilizzo di dispositivi domotici nei rapporti B2C: Un'intersezione tra data protection e consumer (contract) protection. *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*. 2020. Issue 9. No. 1. P. 259–274.

## Памяти Джозефа Раза (1939–2022)

**Беляев Максим Александрович**

Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)  
кандидат философских наук, доцент, e-mail: mabelyaev@msal.ru.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена памяти крупного мыслителя в области моральной, политической и правовой философии Джозефа Раза, автора ряда влиятельных работ о проблемах политического авторитета, единства и разделения морали и права, системы политических ценностей, частной автономии и верховенства права.

**Ключевые слова:** мораль, право, позитивизм, автономия личности, Г. Харт, Дж. Раз, философия права.

### Joseph Raz: In Memoriam (1939–2022)

**Max A. Belyaev**

Kutafin Moscow State Law University  
PhD in Philosophy, Associate Professor, e-mail: mabelyaev@msal.ru.

### ABSTRACT

The article is dedicated to the memory of a major thinker in the field of moral, political and legal philosophy Joseph Raz, the author of a number of influential works on the problems of political authority, the unity and separation of morality and law, the system of political values, private autonomy and the rule of law.

**Keywords:** morality, law, positivism, personal autonomy, H. L. A. Hart, J. Raz, philosophy of law.

2 мая 2022 г. в Лондоне в возрасте 83 лет ушел из жизни Джозеф Раз — крупный теоретик права и моральный философ, автор многочисленных, широко известных и дискутируемых работ по социально-философским, политическим и правовым проблемам. В его монографиях, статьях и научных докладах рассматриваются вопросы соотношения теоретического и практического разума, принципы верховенства права, метаэтики, социального и индивидуального благополучия и др. Джозеф Раз считается одним из влиятельных представителей современного позитивизма в философии права. Апологеты аналитической юриспруденции считают его одним из сторонников данного направления<sup>1</sup>.

Дж. Раз родился 21 марта 1939 г. в Хайфе, изучал право в Еврейском университете (Иерусалим), где защитил магистерскую диссертацию с высшей оценкой (*summa cum laude*). Здесь же Дж. Раз познакомился со взглядами Герберта Харта, в то время приглашенного лектора данного университета. Позднее Дж. Раз будет готовить докторскую диссертацию в Оксфорде под научным руководством Г. Харта<sup>2</sup>. После защиты диссертации Дж. Раз преподает в Еврейском университете (1967–1972), далее в Оксфордском университете (Баллиол-колледж), причем с 1985 по 2006 г. занимает созданную для него кафедру философии права. С 2006 по 2009 г. он работает на должности профессора-исследователя Оксфордского университета, а с 2009-го до самой смерти — профессором Королевского колледжа (Лондон). Также с 2002 по 2019 гг. Дж. Раз был профессором Колумбийской школы права (Нью-Йорк). В качестве приглашенного профессора он работал в Университете Торонто, Австралийском национальном университете и др.

Философские симпатии Дж. Раза принадлежат либерализму. Сам он считал себя, как и Джон Ролз, последователем Джона Стюарта Милля. В научном сообществе Дж. Раз получил широкую известность благодаря разработке так называемой сервисной концепции права и политической власти. Суть ее состоит в том, что подчинение правовой норме для индивида является морально обязывающим в том случае, если с точки зрения объективных оснований оно более выгодно для данного индивида, нежели следование собственному суждению, расходящемуся с данной нормой. Тем самым Дж. Раз, оставаясь позитивистом, предполагает возможность эпистемического доступа субъекта к объективным основаниям или доводам, в силу которых возможно сделать поведенчески верный и, следовательно, политически оправданный выбор. Как полагают комментаторы, здесь Дж. Раз

<sup>1</sup> См.: <https://www.kcl.ac.uk/news/professor-joseph-raz-1939-2022> (дата обращения: 20.05.2022).

<sup>2</sup> Именно Дж. Раз совместно с Пенелопой Буллох подготовил к публикации второе издание главного труда Г. Харта — «Понятие права», сопроводив его «Постскриптумом», который Харт не успел дописать по причине смерти.

следует платоновско-аристотелевской традиции понимания государства как наиболее разумной социальной конструкции, истинное знание о которой может быть открыто субъекту<sup>3</sup>. Более того, как подчеркивает ученый, вопрос о сущности права — это морально значимый вопрос, несмотря на то, что правовые предписания как социальные факты не укоренены в моральных чувствах отдельных лиц.

Показательно, что, будучи учеником Г. Харта, Дж. Раз в своих взглядах отводит морали большую, а не меньшую роль по сравнению с правом. Для позитивистской парадигмы это скорее контринтуитивный прием. Как полагает Дж. Раз, мораль *de facto* пронизывает все человеческие действия, в том числе повседневные и ординарные. Каждый подчиняется моральным соображениям при принятии того или иного решения, но иногда эта «фоновая» функция морали по каким-то причинам оказывается неэффективной, так что нормативность морали должна быть заменена другой нормативностью, а именно — правом. Такая замена случается, если ситуация грозит перерасти в социальный хаос в силу неустранимых моральных разногласий. В сфере же права любые разногласия потенциально устранимы: правовой консенсус более реалистичен по сравнению с моральным.

Достижимость социального согласия посредством права предполагает авторитет последнего. Истинность утверждения о том, что правовая норма обладает авторитетом, обосновывается так: есть основания, в силу которых лучше прислушиваться не к собственному мнению, а к мнению другого. В сфере права в качестве «другого» выступает публичная власть. Но если закон обладает собственным авторитетом, его понимание и восприятие необходимым образом отделены от понимания и восприятия моральных норм, в противном случае такой авторитет был бы недостижим. Таким образом, эксклюзивный характер юридического позитивизма в этой концепции проистекает не из желания оправдать буквально каждый приказ власти как легитимный, а из потребности взвесить собственные разумные основания принимать ту или иную норму как действительную, тогда как моральный дискурс затрудняет это разумное оценивание. Рональд Дворкин, полемизируя с этим утверждением, замечает, что эксклюзивный позитивизм в исполнении Дж. Раза оказывается слишком требовательным: например, в конституционном праве США едва ли найдется хоть одно юридическое предписание, применение которого возможно вне морального дискурса и моральных интуиций<sup>4</sup>.

Вторая достаточно популярная идея Дж. Раза — перфекционистский либерализм, согласно которому главная и по большому счету единственная цель государства — способствовать процветанию его граждан. В систематическом виде эта позиция была представлена в монографии «Мораль свободы», опубликованной в 1986 г.<sup>5</sup> Безусловно, данный взгляд предполагает достаточно широкую автономию личности, вне которой благополучие и немисливо, и неосуществимо. В этой книге Дж. Раз полемизирует с Р. Дворкином, критикуя его за либеральный нейтралитет в отношении понимания того, что есть процветание как всеобщая ценность. По мнению Дж. Раза, автономия личности как факт ее бытия заслуживает поддержки и развития только в том случае, если обладатель этой автономии посвящает свою жизнь служению подлинным ценностям, ибо это единственный вариант, при котором публичная власть и индивидуальная автономия перестают быть неразрешимыми проблемами друг для друга.

По оценкам комментаторов, Джозефа Раза следует считать одним из четырех ведущих философов права столетия — наряду с Гансом Кельзенем, Гербертом Хартом и Рональдом Дворкином<sup>6</sup>. По словам профессора Массимо Ренцо, значение работ Дж. Раза для философии права столь велико, что невозможно представить, какой могла бы быть современная философия права, если бы эти работы оказались ненаписанными. Можно с уверенностью говорить о влиянии идей Дж. Раза на два, а то и три поколения сторонников аналитической парадигмы в философии права<sup>7</sup>.

Научные заслуги Дж. Раза значительны и общепризнаны. Он был избран почетным доктором ряда университетов (Католический университет Брюсселя — 1993 г., Королевский колледж Лондона — 2009 г., Еврейский университет — 2014 г.), также был почетным иностранным членом Американской академии искусств и наук (1992). Дж. Раз оставил после себя множество учеников — ярких, самостоятельно мыслящих исследователей в сфере политической и моральной философии, среди которых Джон Гарднер, Лесли Грин, Тимоти Эндикотт, Эйлин Кавана и Джули Диксон.

<sup>3</sup> Chang, R. Raz on Reasons, Reason, and Rationality. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2013. P. 2.

<sup>4</sup> Цит. по: Bustamante, Th. Can Raz's Pre-Emption Thesis Survive under a Dworkinian Theory of Law and Adjudication? *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2021. Núm. 55. P. 180.

<sup>5</sup> Эта монография получила две международных премии: Книжную премию Маккензи, учрежденную Ассоциацией политических исследований Великобритании (1987), и Премию Элен и Дэвида Шпиц на конференции по теоретической политологии (1988).

<sup>6</sup> Bix, B. H. Raz, Authority, and Conceptual Analysis // *American Journal of Jurisprudence*, 2005. Vol. 50 (1). P. 311.

<sup>7</sup> См.: <https://www.kcl.ac.uk/news/professor-joseph-raz-1939-2022> (дата обращения: 20.05.2022).

## Наиболее важные труды Дж. Раза:

### 1. Книги:

- The Roots of Normativity (OUP, 2022);
- From Normativity to Responsibility (OUP, 2011);
- Between Authority and Interpretation (OUP, 2009);
- The Practice of Value (OUP, 2003);
- Value, Respect and Attachment: The Seeley Lectures (CUP, 2001);
- Engaging Reason (OUP, 1999);
- Ethics in the Public Domain (OUP, 1994; rev. pbk. ed., 1995);
- The Moral of Freedom (OUP, 1986);
- The Authority of Law (OUP, 1979; 2nd ed., 2009);
- Practical Reason and Norms (Princeton University Press, 1975; 2nd ed., 1990);
- The Concept of a Legal System (OUP, 1970; 2nd ed., 1980)<sup>8</sup>.

### 2. Статьи:

- On Waldron's Critique of Raz on Human Rights. A. Etinson (ed.). Human Rights: Moral or Political? (OUP, 2018);
- Human Rights in the Emerging World Order. *Transnational Legal Theory*, 2010. Vol. 1. P. 31–47;
- Responsibility and the Negligence Standard. *Oxford J. L. St.*, 2010. Vol. 30 (1). P. 1–18;
- The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. *Minnesota Law Review*, 2006. Vol. 90. P. 1003–1044;
- The Role of Well-Being. *Philosophical Perspectives*, 2004. Vol. 18 (Ethics);
- Incorporation by Law. *Legal Theory*, 2004. Vol. 10. P. 1–17;
- About Morality and the Nature of Law. *American Journal of Jurisprudence*, 2003. Vol. 48. P. 1–15;
- Reasoning with Rules. *Current Legal Problems*, 2001. Vol. 54. P. 1–18;
- Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason. *Ratio*, 1999. Vol. 12. P. 354–379;
- Disagreement in Politics. *American Journal of Jurisprudence*, 1998. Vol. 43. P. 25–52;
- Why Interpret? *Ratio Juris*, 1996. Vol. 9. P. 349–363;
- Rights and Politics. *Indiana Law Review*, 1995. Vol. 71. P. 27–44;
- On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, 1993. Vol. 6. P. 1–15;
- Freedom of Expression and Personal Identification. *Oxford J. L. St.*, 1991. Vol. 11. P. 303–324;
- The Politics of the Rule of Law. *Ratio Juris*, 1990. Vol. 3. P. 331;
- Authority and Justification. *Philosophy & Public Affairs*, 1985. Vol. 14. P. 3;
- Legal Rights. *Oxford J. L. St.*, 1984. Vol. 4. P. 1–21;
- Hart on Moral Rights and Legal Duties. *Oxford J. L. St.*, 1984. Vol. 4. P. 123–131;
- Authority and Consent. *Virginia L. Rev.*, 1981. Vol. 67. P. 103–131;
- The Rule of Law and its Virtue. *Law Quarterly Review*, 1977. Vol. 93. P. 195–211;
- The Institutional Nature of Law. *Modern Law Review*, 1975. Vol. 38. P. 489;
- Kelsen's Doctrine of the Basic Norm. *Am. J. of Juris*, 1974. Vol. 19. P. 94–111;
- The Functions of Law. A. W. B. Simpson (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence* (OUP, 1973);
- Legal Principles and the Limits of Law. *Yale L. J.*, 1972. Vol. 81. P. 823–854;
- The Identity of Legal Systems. *California L. Rev.*, 1971. Vol. 59. P. 795–815;
- On Lawful Government. *Ethics*, 1970. P. 296–305.

## References/Литература

1. Bix, B. H. Raz, Authority, and Conceptual Analysis. *American Journal of Jurisprudence*, 2005. Vol. 50 (1). P. 311–316.
2. Bustamante, Th. Can Raz's Pre-Emption Thesis Survive under a Dworkinian Theory of Law and Adjudication? *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2021. No. 55. P. 179–192.
3. Chang, R. Raz on Reasons, Reason, and Rationality. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2013.

<sup>8</sup> OUP — Oxford University Press; CUP — Cambridge University Press.

# К вопросу об императивности или диспозитивности нормы пункта 1 статьи 782 ГК РФ, устанавливающей право заказчика на немотивированный отказ от договора возмездного оказания услуг

**Маркин Сергей Владимирович**

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)  
магистрант, e-mail: smarkin-20@edu.ranepa.ru.

## АННОТАЦИЯ

В данной статье автор исследует вопрос о квалификации п. 1 ст. 782 ГК РФ, дающей право немотивированно отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг. В работе рассматриваются различные подходы в вопросе диспозитивности или императивности данной нормы. Рассмотрены позиции ученых на правовую природу ст. 782 ГК РФ. Автор анализирует судебную практику на предмет возможности заблокировать право на односторонний отказ. На основе представленного анализа делаются выводы о диспозитивности ст. 782 ГК РФ в части недопустимости блокировки самого права на односторонний отказ, в то же время сторонам дозволяется установить иной порядок реализации этого права. Также предлагаются возможный вариант совершенствования отечественного законодательства, регулирующего прекращение договора возмездного оказания услуг.

*Ключевые слова:* свобода договора, диспозитивность, дозволительный метод правового регулирования, императивность, договор возмездного оказания услуг, модель Take or Pay, немотивированный отказ от исполнения договора, плата за отказ от договора.

## On the Question of the Imperative or Dispositivity of the Norm of Paragraph 1 of Article 782 of the Civil Code of the Russian Federation, Which Establishes the Right of the Customer to Unmotivated Refusal of the Contract for the Provision of Paid Services

**Sergey V. Markin**

North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint-Petersburg, Russian Federation)  
undergraduate; e-mail: smarkin-20@edu.ranepa.ru.

## ABSTRACT

In this article, the author explores the question of the qualification of Paragraph 1 of Article 782 of the Civil Code of the Russian Federation, which gives the right to unmotivated refusal to perform a contract for the provision of paid services. The paper considers various approaches to the issue of dispositivity or imperativeness of this norm. The positions of scientists on the legal nature of 782 of the Civil Code of the Russian Federation are considered. The author analyzes judicial practice for the possibility of blocking the right to unilateral refusal. Based on the presented analysis, conclusions are drawn about the dispositivity of 782 of the Civil Code of the Russian Federation regarding the inadmissibility of blocking the right to unilateral refusal itself, at the same time, the parties are allowed to establish a different procedure for the implementation of this right. A possible option for improving domestic legislation regulating the termination of a contract for the provision of paid services is also proposed.

*Keywords:* freedom of contract, dispositivity, permissive method of legal regulation, imperativeness, contract for the provision of paid services, the Take or Pay model, unmotivated refusal to perform the contract, payment for the refusal of the contract.

---

Одним из фундаментальных начал отечественного гражданского права является принцип свободы договора, легально закрепленный в ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

Субъекты гражданского права приобретают и осуществляют гражданские права волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Гражданское право характеризуется дозволительной направленностью метода правового регулирования<sup>1</sup>. Основная идея данного метода заключается в том, что «разрешено все, что прямо

---

<sup>1</sup> Гражданское право : учебник: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2020. Т. 1. С. 16.



не запрещено». При этом ошибочно понимать гражданское право как совокупность диспозитивных норм. Диспозитивные нормы преобладают только в обязательственном, договорном праве<sup>2</sup>.

Весной 2014 г. был принят значимый судебный акт в истории современного российского договорного права — постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации «О свободе договора и ее пределах» (далее — постановление Пленума ВАС РФ № 16).

В содержании данного постановления закреплены принципиальные разъяснения, которые затрагивают пределы свободы договора. Высший арбитражный суд Российской Федерации (далее — ВАС РФ) разрешил вопрос о критериях квалификации норм договорного права в качестве императивных и диспозитивных. Правовая природа соответствующей нормы договорного права, определяющая права и обязанности его участников, должна определяться судом на основе телеологического толкования, исходя из ее существа и анализа целей законодательного регулирования.

Таким образом, ВАС РФ создал новый подход к методологии определения критериев императивности или диспозитивности норм договорного права и фактически закрепил презумпцию диспозитивности норм договорного права.

В научной литературе постановление Пленума ВАС РФ № 16 было подвергнуто критике. Так, В. Л. Вольфсон достаточно подробно обосновывает «ошибочность» понимания принципа свободы договора, изложенного в постановлении Пленума ВАС РФ № 16. По его мнению, в данном судебном акте ВАС смешивает принципы гражданского права: дозволенность и диспозитивность. Ученый полностью отвергает презумпцию «диспозитивности» норм договорного права. При этом автор отмечает, что положения постановления Пленума ВАС РФ № 16 несовместимы с теорией разделения властей и «должны быть безотлагательно ликвидированы»<sup>3</sup>.

В постановлении Пленума ВАС № 16 дана квалификация п. 1 ст. 782 ГК РФ в качестве диспозитивной нормы. Таким образом, ВАС РФ постарался разрешить достаточно сложный вопрос российского договорного права последних лет.

Рассмотрим квалификацию нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ с позиции судебной практики и теории. Является ли норма данной статьи императивной или она диспозитивна?

Норма п. 1 ст. 782 ГК РФ предоставляет заказчику (услугополучателю) право немотивированно отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг. При этом последствием такого отказа будет являться лишь оплата исполнителю (услугодателю) фактически понесенных им расходов.

В свою очередь, в п. 2 ст. 782 ГК РФ исполнитель (заказчик) имеет право немотивированно отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при полном возмещении убытков заказчику (услугополучателю).

А. Г. Карапетов данное решение законодателя о возмещении заказчиком (услугополучателем) фактически понесенных расходов исполнителю (услугодателю) называет абсурдным<sup>4</sup>.

Действительно правило законодателя о возмещении исполнителю (услугодателю) лишь фактически понесенных расходов является несправедливым. Нарушается баланс интересов сторон договорного правоотношения по оказанию услуг. Так, исполнитель (услугодатель) зачастую несет незначительные расходы, связанные с непосредственным исполнением договора. В большей степени он затрачивает интеллектуальные и временные ресурсы на подготовку к исполнению договора. Возникает ситуация, когда заказчик (услугополучатель) немотивированно отказывается от договора оказания услуг, при этом оставляя исполнителю (услугодателю) недостойную и несоразмерную умственным, временным, финансовым затратам компенсацию. В частности, исполнитель мог бы вместо затраченного впустую времени на подготовку и оказание услуг отказавшемуся от потребления услуги заказчику оказать услугу другим заказчикам, тем самым он не получил доходы от других заказчиков (упущенная выгода).

Отмечу, что под фактически понесенными расходами следует понимать расходы, связанные непосредственно с исполнением обязательств по договору возмездного оказания услуг, заключенного

<sup>2</sup> Яковлев В. Ф. Избранные труды. Т. 2. Гражданское право: история и современность. Кн. 2. М.: Статут, 2012. 351 с. [Электронный ресурс]. URL: <https://student2.consultant.ru/cgi/online.cgi?req=doc&cacheid=15EF025533BD21C097278EC1EB36516E&mode=backrefs&SORTTYPE=0&BASENODE=32799-35&ts=29790163994284516055&base=CMB&n=17279&rnd=549A686EA708386D75A7F3FA1FCE27BE#TOGP4sSpXhfaTLNC> (дата обращения: 20.04.2022).

<sup>3</sup> Вольфсон В. Л. После ВАС: доктрина свободы договора в современном российском правоприменении. Закон, 2016. № 9. С. 91–99.

<sup>4</sup> Карапетов А. Г., Фетисова Е. М. Практика применения арбитражными судами постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». Вестник экономического правосудия, 2015. № 12. С. 145–191.

между сторонами. К фактическим расходам не относятся собственные расходы исполнителя (услугодателя), например арендная плата за помещение, если оно, конечно, не арендовано специально для оказания конкретной услуги.

Возникает вопрос, возможно ли отступить от положений нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ, предусмотрев определенные дополнительные гарантии прав исполнителя (услугодателя)?

Долгое время российская цивилистическая доктрина и судебная практика квалифицировали п. 1 ст. 782 ГК РФ в качестве императивной нормы, исключая возможность изменить ее договором<sup>5</sup>.

В настоящее время, как уже отмечали ранее, данная норма признается как диспозитивная<sup>6</sup>.

А. А. Павлов, развивая положения о ее диспозитивности, считает, что стороны договора возмездного оказания услуг могут по своему усмотрению: согласовать иной режим последствий отказа от договора, то есть заказчик, отказывающийся от договора, будет обязан покрыть все убытки исполнителя в связи с прекращением договора; установить определенный размер платы (компенсации) за реализацию такого отказа (п. 3 ст. 310 ГК); абсолютно заблокировать договором немотивированный отказ<sup>7</sup>.

А. Г. Карапетов и Р. С. Бевзенко придерживаются аналогичного мнения<sup>8</sup>.

С данным подходом нельзя согласиться. Даже ВАС РФ в своем постановлении № 16, устанавливая в абз. 3 п. 4 диспозитивность правил ст. 782 ГК РФ, допускает лишь возможность определения порядка реализации права на односторонний отказ, а также последствия отказа от исполнения обязательства.

Действительно, соглашением нельзя ограничить, заблокировать право заказчика на немотивированный отказ от договора. Это предопределяется особенностью услуги как объекта гражданского права. Что есть услуга? Услуга означает совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности. Оказание услуг построено и регулируется по матрице максимального приложения усилий. Главный интерес заказчика (услугополучателя) состоит в действиях или деятельности исполнителя (услугодателя). Сама услуга потребляется заказчиком в процессе ее оказания исполнителем (свойством синхронности оказания и получения). При этом интересующий результат (полезный эффект) может как наступить, так и не наступить, его нельзя заранее предвидеть и гарантировать. Риск недостижения полезного эффекта услуги не возлагается на исполнителя. Если услуга оказана, то есть совершены определенные действия или деятельность, при этом исполнитель старался и прикладывал усилия при оказании услуги, это свидетельствует о надлежащем исполнении обязательств.

В связи с этим, если заказчик утратил интерес к услуге, понуждать его потреблять эту услугу, не гарантирующую наступления какого-то результата (полезного эффекта), нельзя.

Относительно возможности установления определенной денежной компенсации (выплаты) за отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг в абз. 3 п. 4 постановления Пленума ВАС РФ № 16 прямо допускается согласовать условие о необходимости выплаты определенной денежной суммы другой стороне, в случае если исполнение договора связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности.

В свою очередь, в п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» (далее — постановление Пленума ВАС РФ № 54) говорится о том, что если право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением обеими сторонами предпринимательской деятельности, предусмотрено диспозитивной нормой или договором, то допускается согласовать условие о необходимости выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства (п. 3 ст. 310 ГК РФ).

Если право на односторонний отказ от исполнения обязательства установлено императивной нормой, то включение в договор условия о выплате денежной суммы в случае осуществления стороной этого права не допускается (п. 1 ст. 422 ГК РФ).

<sup>5</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. № 2715/10.

<sup>6</sup> Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах». Вестник ВАС, 2014. № 5.

<sup>7</sup> Гражданское право : учебник: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2020. Т. 1. С. 488.

<sup>8</sup> Карапетов А. Г., Бевзенко Р. С. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах». Вестник экономического правосудия, 2014. № 9. С. 67.

В связи с этим стоит констатировать, что высшие суды квалифицируют п. 1 ст. 782 ГК РФ именно в качестве диспозитивной нормы.

В подтверждение этой позиции приведу пример из судебной практики.

Так, в определении Верховного Суда РФ от 27.07.2021 № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019 российское общество «ОТЭКО-Портсервис» (оператор) и швейцарская компания «Капробен» (заказчик) заключили договор возмездного оказания услуг, предметом которого был комплекс услуг, связанных с экспедированием, перевалкой, хранением каменного угля, который перемещается через государственную границу России<sup>9</sup>.

Компания «Капробен» (заказчик) обязалась своевременно предъявлять оператору общества «ОТЭКО-Портсервис» уголь для перевалки в соответствующих объемах в рамках условия Take or Pay (Бери или плати) и оплачивать вознаграждение.

Стороны согласовали правовую модель Take or Pay в рамках договора оказания услуг, которая означает определенное обязательство заказчика, которое связано с отгрузкой гарантированного годового объема угля. Компания «Капробен» также обязалась оплачивать стоимость перевалки по ставке перевалки, даже если она не поставит гарантированный объем угля. В случае если уголь не поставлен не по вине компании «Капробен», последняя освобождалась от оплаты соответствующих услуг.

В договоре также было согласовано условие о досрочном его расторжении по требованию одной из сторон. Заказчик имел право отказаться от договора исключительно в случае нарушения оператором обязательств по договору в части неподтверждения отгрузки груза в установленных договором объемах и в указанный срок, а также в части обязательств по своевременной приемке груза.

Позже компания «Капробен» уведомила своего контрагента, что выходит из договора в одностороннем порядке. Общество «ОТЭКО-Портсервис» посчитала, что «Капробен» не вправе так поступить, и обратилась в арбитражный суд с иском о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным.

Первая инстанция поддержала общество «ОТЭКО-Портсервис» (истца). Суд квалифицировал данный договор как смешанный и счел невозможным применять нормы 782 ГК РФ, а в условиях самого соглашения не допускалось его одностороннего расторжения.

Апелляционный и окружной суды установили, что между сторонами был заключен договор возмездного оказания услуг. В связи с этим компания «Капробен» (ответчик) правомерно воспользовалась правом на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора (п. 1 ст. 782 ГК РФ).

Судами было отмечено, что российским законодательством не урегулирована договорная конструкция Take or Pay и правовые последствия ее применения. В то же время данная модель взаимоотношений договорного обязательства не ограничивает его субъективное право отказаться от исполнения договора. Суды также обратили внимание на то, что негативные последствия расторжения договора, возникшие у российского общества, подлежат устранению через возмещение расходов, фактически понесенных им в целях исполнения договора.

Общество «ОТЭКО-Портсервис» обратилось в Верховный Суд. Истец полагал, что нарушается принцип свободы договора в части согласования условия об одностороннем отказе от исполнения договора, а также что имеет место злоупотребление правом со стороны компании «Капробен».

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации проверила доводы, но решила оставить жалобу без удовлетворения. Суд квалифицировал данный договор как возмездное оказание услуг. Положения п. 1 ст. 782 ГК РФ предоставляют заказчику право в любой момент немотивированно отказаться от исполнения обязательств по договору. Заказчик реализовал данное право через письменное уведомление оператора, следовательно заказчик действовал в рамках полномочий, предоставленных ему ГК РФ. Односторонний отказ компании «Капробен» от договора признан законным.

Также Верховный Суд отмечает, что в рамках договорной модели Take or Pay при отказе заказчика от получения характерного предоставления (от обязательства «бери») исполнение им обязанности в рамках обязательства «плати» может быть оценено как плата за отказ от договора (п. 1 ст. 6, п. 3 ст. 310 ГК РФ).

Стороны договора, в частности лица, которые осуществляют коммерческую деятельность, имеют право согласовать другой режим определения последствий отказа от договора, отличающийся от порядка, указанного в п. 1 ст. 782 ГК РФ. Более того, Верховный Суд указывает, что

<sup>9</sup> Определение Верховного Суда РФ от 27.07.2021 № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019.

в случае если контрагентами по договору выступают предприниматели, то допускается обусловить реализацию права на односторонний отказ от договора возмездного оказания услуг необходимостью выплатить конкретную денежную сумму другой стороне.

При этом неблагоприятные последствия для истца, связанные с прекращением договора, как справедливо подчеркивает Верховный Суд, могут быть устранены не только через возмещение исполнителю (оператору) фактически понесенных расходов. Последствия, установленные в п. 1 ст. 782 ГК РФ, не являются единственными возможными — нужно учитывать также согласованную модель взаимоотношений Take or Pay.

Следовательно, даже если компания «Капробен» отказалась от договора и этот отказ является законным, «ОТЭКО-Портсервис» вправе предъявить требования к компании «Капробен» о компенсации расходов оператора. Если компания «Капробен» отказалось от обязательства «бери» (отказалась от предъявления для перевалки гарантированного объема поставки угля), эта компания обязана исполнить обязательство «плати» (оплатить стоимость перевалки, даже если не предъявит гарантированный объем), и это обязательство «плати» должно признаваться как плата за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ).

Таким образом, можно сделать следующие выводы:

- 1) Верховный Суд квалифицировал п. 1 ст. 782 ГК РФ как императивную норму в части недопустимости блокировки права на односторонний немотивированный отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг.
- 2) Заблокировать право на односторонний немотивированный отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг недопустимо, поскольку это противоречит самой правовой природе услуги «ни закон, ни договор не может понудить заказчика вопреки его воле получать услуги оператора».
- 3) Верховный Суд допускает для сторон договора, в частности хозяйствующих субъектов, которые находятся в состоянии равного договорного баланса интересов, установить другой порядок определения последствий отказа от договора, отличающийся от режима, который закреплен в п. 1 ст. 782 ГК РФ. Отказ стороны от договора оказания услуг может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне. Таким образом, здесь Верховный Суд придерживается квалификации п. 1 ст. 782 ГК РФ в качестве диспозитивной нормы, заложенной в постановлении Пленума ВАС № 16. Стоит отметить, разъяснения, закрепленные в п. 4 постановления Пленума ВАС № 16, непоколебимы, устойчивы.

В целом стоит отметить, что закон ввел не совсем удачную формулировку нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ. Поэтому считаю необходимым для недвусмысленного уяснения смысла данной нормы внести изменения в п. 1 ст. 782 ГК РФ и установить новое правило: «Заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг в порядке и на основаниях, установленных ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или соглашением сторон. Порядок и последствия одностороннего отказа от возмездного оказания услуг определяются договором или законом». Безусловно, при таком подходе данная норма становится диспозитивной во всех отношениях и расширяется поле дозволенности правового регулирования соответствующих отношений по оказанию услуг.

## Литература

1. *Вольфсон В. Л.* После ВАС: доктрина свободы договора в современном российском правоприменении. Закон, 2016. № 9. С. 91–99.
2. Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2020. Т. 1. 880 с.
3. *Каралетов А. Г., Бевзенко Р. С.* Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах». Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2014. № 9. С. 6–107.
4. *Каралетов А. Г., Фетисова Е. М.* Практика применения арбитражными судами постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». Вестник экономического правосудия, 2015. № 12. С. 145–196.
5. *Яковлев В. Ф.* Избранные труды. Т. 2. Гражданское право: история и современность. Кн. 2. М.: Статут, 2012. 351 с. [Электронный ресурс]. URL: <https://student2.consultant.ru/cgi/online.cgi?req=doc&cacheid=15EF025533BD21C097278EC1EB36516E&mode=backrefs&SORTTYPE=0&BASENODE=32799-35&ts=29790163994284516055&base=CMB&n=17279&rnd=549A686EA708386D75A7F3FA1FCE27BE#TOGP4sSpXhfaTLNC> (дата обращения: 20.04.2022).

## References

1. Wolfson, V. L. After SAC: the Doctrine of Freedom of Contract in Modern Russian Law Enforcement [Posle VAS: doktrina svobody dogovora v sovremennom rossijskom pravoprimerenii]. Statute [Zakon], 2016. No. 9. P. 91–99. (In Rus.)
2. Civil Law : Textbook : in 3 vol. [Grazhdanskoe pravo : uchebnik : v 3 t.] / edited by A. P. Sergeev. 2nd ed., reprint. and additional. M.: Prospect, 2020. Vol. 1. 880 p. (In Rus.)
3. Karapetov, A. G., Bevzenko, R. S. Commentary on the Norms of the Civil Code on Certain Types of Contracts in the Context of the Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation “On Freedom of Contract and its Limits” [Kommentarij k normam GK ob otidel'nyh vidah dogovorov v kontekste Postanovlenija Plenuma VAS RF “O svobode dogovora i ee predelah”]. The Herald of Economic Justice [Vestnik ekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii], 2014. No. 9. P. 6–107. (In Rus.)
4. Karapetov, A. G., Fetisova, E. M. Case Law of Arbitrazh Courts on the Ruling of the Plenum of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation No. 16 “On the Freedom of Contract and Its Limits”, 14 March 2014 [Praktika primeneniya arbitrazhnymi sudami postanovlenija Plenuma VAS RF ot 14.03.2014 № 16 “O svobode dogovora i ee predelah”]. The Herald of Economic Justice [Vestnik ekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii], 2015. No. 12. P. 145–196. (In Rus.)
5. Yakovlev, V. F. Selected works. Vol. 2. Civil Law: History and Modernity. Book 2 [Izbrannye trudy. T. 2: Grazhdanskoe pravo: istorija i sovremennost']. Kn. 2]. M.: Statute, 2012. 351 p. [Electronic resource]. URL: <https://student2.consultant.ru/cgi/online.cgi?req=doc&cacheid=15EF025533BD21C097278EC1EB36516E&mode=backrefs&SORTTYPE=0&BASENODE=32799-35&ts=29790163994284516055&base=CMB&n=17279&rnd=549A686EA708386D75A7F3FA1FCE27BE#TOGP4SSPXHFATLNC> (accessed: 20.04.2022). (In Rus.)



# ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2022. № 2 (12)

Директор  
издательско-полиграфического центра  
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор  
И. К. ШМАРКО

Корректор  
И. Е. ВИЛЬМАН

Верстка  
С. И. ШИРОКОЙ

## 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 о регистрации СМИ  
ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019

*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

Подписано к публикации 20.03.2021.

Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.

Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>

Объем данных 2 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